

# DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial  
de la Asociación  
Juristas de la Salud

**Volumen 24, número 2. Julio-Diciembre 2014**

**Edita:**

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

**Editores adjuntos:**

JOSEP LLUIS LAFARGA I TRAVER (CATALUÑA)  
JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE (NAVARRA)  
RAFAEL ALVARO MILLÁN CALENTI (GALICIA)

**Consejo editorial:**

**Director:**

FRANCISCO VILLAR ROJAS  
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (CANARIAS)

**Secretario:**

DAVID LARIOS RISCO  
LETRADO. JUNTA DE COMUNIDADES (CASTILLA-LA MANCHA)

**Vocales:**

JAVIER SÁNCHEZ GARD  
RESPONSABLE BIOTÉCNICA Y DERECHO SANITARIO (MADRID)  
ALBERTO PALOMAR OLMEDA  
MAGISTRADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (MADRID)  
MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO  
PROFESORA TITULAR DERECHO CIVIL (CASTILLA-LA MANCHA)  
ANA M<sup>A</sup> MARCOS DEL CANO  
SECRETARIA GENERAL UNED (MADRID)  
JOAQUÍN CAYÓN DE LAS CUEVAS  
SERVICIO DE ASESORAMIENTO JURÍDICO DE SANIDAD  
(CANTABRIA)  
FEDERICO MONTALVO JÄÄSKELÄINEN  
ABOGADO. PROFESOR UNIVERSIDAD (MADRID)  
VICENTE LOMAS HERNÁNDEZ  
SERVICIO DE RÉGIMEN JURÍDICO DE INSTITUCIONES SANITARIAS  
(CASTILLA-LA MANCHA)  
JOSÉ MARÍA ANTEQUERA VINAGRE  
PROFESOR DE DERECHO SANITARIO Y BIOTÉCNICA (MADRID)  
LOLA GONZÁLEZ GARCÍA  
SERVICIO DE RÉGIMEN JURÍDICO DE INSTITUCIONES SANITARIAS  
(CASTILLA-LA MANCHA)  
SERGIO GALLEGO RIESTRA  
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y RÉGIMEN DISCIPLINARIO  
(ASTURIAS)  
JAVIER VÁZQUEZ GARRANZO  
LETRADO JEFE IBS (BALEARES)  
MARÍA MARTÍN AYALA  
ASESORAMIENTO Y DESARROLLO NORMATIVO  
(CASTILLA-LA MANCHA)

**Consejo asesor:**

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ (CASTILLA-LA MANCHA)  
DAVID LARIOS RISCO (CASTILLA-LA MANCHA)  
FRANCISCA VILLALBA PÉREZ (ANDALUCÍA)  
FRANCISCO BOMBILLAR SÁENZ (ANDALUCÍA)  
NURIA GARRIDO CUENCA (CASTILLA-LA MANCHA)  
JUAN MANUEL ALEGRE ÁVILA (CANTABRIA)  
JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ (ANDALUCÍA)  
LUIS ALBERTO PANES CORBELLE (CASTILLA-LA MANCHA)  
MATILDE VERA RODRÍGUEZ (ANDALUCÍA)  
FRANCESCO JOSÉ MARÍA SÁNCHEZ (CATALUÑA)  
ÁNGELA RUÍZ SÁENZ (CANTABRIA)  
JAVIER MORENO ALEMÁN (MADRID)  
JOSÉ MARÍA BARREIRO DÍAZ (GALICIA)  
MARÍA BELÉN LÓPEZ DONAIRE (CASTILLA-LA MANCHA)

**PRODUCCIÓN:**

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD  
FACULTAD DE DERECHO  
PLAZA DE LA UNIVERSIDAD Nº 1  
02071 ALBACETE - ESPAÑA  
[HTTP://WWW.AJS.ES](http://www.ajs.es)

DEPÓSITO LEGAL: B-35337-93  
I.S.S.N. 1133-7400

IMPRESO EN ESPAÑA POR GRAFISTAFF, S.L.  
MAQUETADO POR STUDIO74.ES



# DERECHO Y SALUD

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

REVISTA FUNDADA EN 1992

## Revista Oficial de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD

<http://www.ajs.es>

ISSN: 1133-7400

Depósito Legal: B-35337-93

**Dirigida a:** Personas cuya actividad profesional se desarrolle dentro del ámbito del derecho sanitario y de la salud, o muestren un concreto interés por esta rama del derecho.

### Correspondencia y Publicidad:

Asociación Juristas de la Salud  
Facultad de Derecho  
Plaza de la Universidad nº 1  
02071 Albacete - España

### Correo Electrónico:

[info@ajs.es](mailto:info@ajs.es)

### Suscripciones y atención al cliente:

Asociación Juristas de la Salud  
Facultad de Derecho  
Plaza de la Universidad nº 1  
02071 Albacete - España

(suscripciones: enviando solicitud que figura en la revista, atención al cliente, correo ordinario o e-mail)

**Protección de datos:** En cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999 de diciembre y de su Reglamento aprobado por Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, se informa que los datos personales recogidos con la finalidad de atender suscripciones e inscripciones son confidenciales y están incluidos en un fichero denominado "suscriptores" y en otro denominado "socios" de titularidad de la Asociación "Juristas de la Salud" con domicilio en Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071) con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista y facilitar su distribución. El interesado puede ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, dirigiendo a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a [info@ajs.es](mailto:info@ajs.es) indicando "derechos ARCO".

LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN ESTA REVISTA EXPRESAN SOLAMENTE LA OPINIÓN DE SUS AUTORES. SE PUBLICARAN DOS NÚMEROS ORDINARIOS Y AL MENOS UN NÚMERO EXTRAORDINARIO CON MOTIVO DEL CONGRESO ANUAL "DERECHO Y SALUD".

© COPYRIGHT 2001. ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. EL CONTENIDO DE LA PRESENTE PUBLICACIÓN NO PUEDE SER REPRODUCIDO NI TRANSMITIDO POR NINGÚN PROCEDIMIENTO ELECTRÓNICO O MECÁNICO, INCLUYENDO FOTOCOPIA, GRABACIÓN MAGNÉTICA, NI REGISTRADO POR NINGÚN SISTEMA DE RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN, EN NINGUNA FORMA, NI POR NINGÚN MEDIO, SIN LA PREVIA AUTORIZACIÓN POR ESCRITO DEL TITULAR DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE LA MISMA.

Junta Directiva de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD:

**Presidencia:** Josefa Cantero Martínez, *Universidad Castilla-La Mancha*; **Vicepresidencia:** David Larios Risco, *Letrado. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*. **Secretaria:** Francisca Villalba Pérez, *Universidad de Granada*. **Vicesecretario:** Francisco Bombillar Sáenz, *Universidad de Granada*; **Tesorera:** Nuria Garrido Cuenca, *Universidad de Castilla-La Mancha*; **Vocales:** Juan Manuel Alegre Ávila, *Universidad de Cantabria*; Juan Francisco Pérez Gálvez, *Universidad de Almería*; Luis Alberto Panes Corbelle, *Servicio de Salud de Castilla-La Mancha*; Matilde Vera Rodríguez, *Servicio Andaluz de Salud*; Francesc José María Sánchez, *Abogado*; Ángela Ruíz Sáenz, *Consejería de Salud de Cantabria*; Javier Moreno Alemán, *Abogado*; José María Barreiro Díaz, *Xunta de Galicia*; María Belén López Donaire, *Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*.



# DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial  
de la Asociación  
Juristas de la Salud

Volumen 24, número 2. Julio-Diciembre 2014

## ESTUDIOS

- Responsabilidad por la falta de información de los efectos indeseables de los medicamentos.  
*M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán* 9
- Epidemia de la obesidad y sostenibilidad del sistema sanitario: las respuestas del derecho.  
*Federico de Montalvo Jääskeläinen* 29
- La teoría del “cuerpo único” en el acceso a la función pública del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 21 de marzo de 2012, Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2013 y otros pronunciamientos posteriores.  
*Manuel Beato Espejo* 51
- La repercusión de la existencia de un Sistema de Notificación y Registro de Incidentes y Eventos Adversos en el área de salud al nivel de la reponsabilidad civil.  
*Mafalda Miranda Barbosa* 87
- La cartera de servicios y su necesidad dentro de la configuración del derecho a la salud: configuración y categorización.  
*Jesús Esteban, Cárcar Benito* 103
- U.S. Medical Malpractice and its Costs: a Brief Survey.  
*João Pinto Monteiro* 125

## JURISPRUDENCIA E INFORMES 131

## LEGISLACIÓN 153

- Normas de publicación 165
- Solicitud de suscripción a la revista Derecho y Salud 167
- Solicitud de asociación 168



---

*Estudios*

---





# RESPONSABILIDAD POR LA FALTA DE INFORMACIÓN DE LOS EFECTOS INDESEABLES DE LOS MEDICAMENTOS

Con ocasión de la STS de 10 de julio de 2014:  
responsabilidad de laboratorio por falta de información de los efectos secundarios de Agreal<sup>1</sup>

*M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán*  
*Catedrática de Derecho Civil*  
*Universidad de Zaragoza*

**SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CASO AGREAL.** 2.1. El medicamento Agreal y la jurisprudencia. 2.2. Defectos de información y alternativas del paciente. **3. LOS MEDICAMENTOS Y EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS.** 3.1. Autorización de la comercialización de medicamentos y responsabilidad civil. 3.2. Reglas específicas de responsabilidad para los daños causados por los medicamentos. 3.3. Aplicación a los medicamentos de las reglas generales de responsabilidad por productos defectuosos. **4. EFECTOS SECUNDARIOS DE LOS MEDICAMENTOS, INFORMACIÓN Y DAÑOS INDEMNIZABLES.** 4.1. Deberes de información y prevención de daños. 4.2. Del defecto de diseño al defecto de información. 4.3. Daño indemnizable. **5. BIBLIOGRAFÍA.**

## RESUMEN

Criterios que permiten determinar cuándo son indemnizables los daños que derivan de los efectos secundarios de los medicamentos. Evaluación del riesgo beneficio y deberes de información.

## PALABRAS CLAVE

Responsabilidad del laboratorio, medicamentos, efectos secundarios, falta de información.

## ABSTRACT

Criteria that allow to determine when damages that derived from the side-effects of medicines can be indemnified. Risk-utility test and duty to warn.

## KEY WORDS

Laboratory liability, medicines, side-effects, failure to warn.

## 1. INTRODUCCIÓN

La sentencia que da pie a estas notas condena a un laboratorio que comercializaba un medicamento para tratar síntomas de la menopausia, como los sofocos, sin advertir de otros efectos indeseables de carácter neurológico, calificados como efectos extrapiramidales, referidos a trastornos del movimiento, tales como temblores y movimientos musculares involuntarios. Con el fin de que el lector masculino no se sienta ajeno al problema, conviene advertir que las reflexiones serían parecidas si habláramos de un medicamento indicado para el tratamiento sintomático de la hiperplasia benigna de próstata que llevara asociados como efectos adversos, sin que se hubiera advertido de ello, el mareo, alteraciones de la eyaculación, incluidas la eyaculación retrógrada e insuficiencia eyaculatoria, entre otros.

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha realizado con ocasión de una estancia realizada en la Université Libre de Bruxelles (Centre de Droit Privé), en el marco de la Convocatoria de Ayudas para la movilidad de personal docente e investigador, Proyecto financiado por el Ministerio de Educación en el marco del Programa Campus de Excelencia Internacional (2014).

Las alternativas que pueden ofrecerse a los pacientes en uno y otro caso son diferentes. Así, para las mujeres, además de tratamientos hormonales sustitutivos, caben alternativas no farmacológicas que pueden mejorar su estado, mediante dieta, ejercicio, isoflavonas de soja... Para los hombres, existe como alternativa la intervención quirúrgica (resección transuretral) que, a su vez, puede llevar asociadas como complicaciones o secuelas la incontinencia urinaria, impotencia... En estos casos, con la información adecuada, y con la intermediación del médico, el paciente puede decidir si asume los riesgos que conllevan unos u otros tratamientos. Pero los efectos secundarios de esos medicamentos, hoy por hoy, no pueden ser suprimidos.

Abundan los pleitos sobre responsabilidad por daños causados por medicamentos, tanto en la práctica jurisprudencial española como en la europea – lo que es relevante si se tiene en cuenta que existe una actividad preventiva común<sup>2</sup> y un régimen de responsabilidad semejante, como consecuencia de la incorporación en los distintos países de la Unión Europea de la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos<sup>3</sup>. Especialmente polémicos han sido los casos de manifestaciones de esclerosis tras

la administración de la vacuna dirigida a prevenir la hepatitis B: las diferentes resoluciones de la *Cour de Cassation* francesa no siempre han conducido al mismo resultado práctico. En unos casos se estima la demanda contra el laboratorio pero se desestima en otros idénticos: se discute si un tribunal puede valorar, con ocasión de una reclamación de un consumidor afectado, y en atención exclusivamente al daño producido en el caso concreto, la seguridad de un medicamento que ha sido autorizado por las administraciones sanitarias porque supera de manera favorable el test de la utilidad-riesgo, por no existir una alternativa razonable y ser beneficioso para un buen número de pacientes; se discute igualmente si esa valoración puede ser diferente en función de la información suministrada por el laboratorio acerca de la posibilidad de que pueda manifestarse el riesgo de que se trate<sup>4</sup>. Sobre todo ello volveremos más adelante.

También son numerosos los pleitos de medicamentos de que da cuenta la doctrina norteamericana. Esta experiencia es interesante para nosotros, en primer lugar, por la influencia genérica que ejerció en la elaboración del Derecho europeo el desarrollo de la doctrina de la *product liability*<sup>5</sup>; en segundo lugar, por lo que se refiere a la responsabilidad por los medicamentos, por la riqueza de argumentos utilizados en la doctrina de EE.UU. para delimitar la responsabilidad de los laboratorios, en función de datos tales como la existencia o no de una alternativa técnicamente posible y económicamente razonable de un diseño más seguro, de la valoración de la importancia y gravedad de los riesgos respecto al beneficio que procura el medicamento, de las expectativas de seguridad despertadas en los consumidores con la comercialización del medicamento, del consumo

2 La Agencia Europea del Medicamento (European Medicines Agency: EMA) es responsable de la evaluación científica de los medicamentos desarrollados por la industria farmacéutica, existe una abundante normativa sobre medicamentos, un procedimiento para la autorización para la comercialización en los países de la Unión Europea y EEA-EFTA, un Comité Europeo de Farmacovigilancia, etc. (<http://www.ema.europa.eu>).

3 Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DO L 210 de 7.8.1985, p. 29), modificada por la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 1999 (DO L 141 4.6.1999, p. 20).

Se presta además atención preferente en este trabajo a las experiencias francesa y belga. En especial, para el Derecho francés, con carácter general, Anne Laude, Bertrand Mathieu, Didier Tabuteau, *Droit de la santé*, 3<sup>e</sup> éd., Thémis droit, puf, Paris, 2007 (pp. 451 ss.); Philippe Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz 2014-2015, pp. 2116; S. Hocquet-Berg (dir.), «Les responsabilités du fait des médicaments dangereux, Perspectives nationales et transfrontalières», *Rev. Gén. de Droit Médical*, n° spécial 2012, que recoge las ponencias del *Colloque sur la responsabilité des médicaments dangereux* (Institut François Géný, noviembre 2011); Olivier Gout, «Regard particulier sur la responsabilité du fait des produits de santé», RDSS 2010, p. 111; Elsa Berry, «Responsabilité du fait des produits de santé», Rapport français, Travaux issus des séminaires «Droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile» organisés par le GRERCA, La responsabilité médicale, Université de Louvain la Neuve (Belgique), 13 et 14 septembre 2013, accessible en: [http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/310/310408\\_](http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/310/310408_)

[Berry\\_E\\_Resp\\_fait\\_produits\\_sante\\_Rptfr.pdf](#)

Para el Derecho belga, Catherine Delforge, «La responsabilité civile du fait des produits de santé», Rapport belge, Travaux issus des séminaires «Droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile» organisés par le GRERCA, *La responsabilité médicale*, Université de Louvain la Neuve (Belgique), 13 et 14 septembre 2013, accessible en [http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/310/310418\\_Delforge\\_C\\_RCproduitssante\\_Belgique.pdf](http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/310/310418_Delforge_C_RCproduitssante_Belgique.pdf); con anterioridad, los capítulos de la misma autora en la obra colectiva dirigida por Olivier Mignolet, *Traité de droit pharmaceutique: la commercialisation des médicaments à usage humain*, Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 1111-1340.

4 Por todos, vid. Jean-Sébastien Borghetti, «Contentieux de la vaccination contre l'hépatite B: le retour en force de la condition de participation du produit à la survenance du dommage», Recueil Dalloz 2013, p. 1717.

5 Por todos, M<sup>a</sup>. Ángeles Parra Lucán, *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1990.

del medicamento previa prescripción médica y, en consecuencia, la intermediación de un profesional experto o de la información proporcionada por los laboratorios...<sup>6</sup>.

Muchos de los procesos planteados sobre responsabilidad civil por los daños causados por los medicamentos se ocupan de casos graves con efectos severos. Algunos provocan daños irreversibles desde las primeras dosis (la muerte, esclerosis, sordera), aunque no se manifiesten de manera inmediata, como sucedió con el trágico caso de la talidomida (el daño se comprobó en el momento del nacimiento de los niños cuya madre tomó talidomida durante el embarazo, y aun años después siguen apareciendo nuevos daños)<sup>7</sup>. En otras ocasiones, los medicamentos conllevan efectos secundarios que son reversibles si se deja de tomar el medicamento, para lo que es preciso que exista una adecuada información. Así, por ejemplo, se asocia a algunos medicamentos utilizados para evitar la calvicie masculina no solo el desarrollo de cáncer de mama —que podría ser fatal— sino también un aumento en las mamas de los hombres que consumen tales medicamentos lo que, advertido, puede permitir poner fin al tratamiento si se considera que es peor el resultado que el mal que se quiere remediar.

Algunos medicamentos, aun no siendo mortales, provocan efectos indeseables que, aun de manera temporal, generan secuelas y molestias que privan a los pacientes de una calidad de vida aceptable, provocando una situación que no compensa los supuestos

---

6 Con ocasión del décimo aniversario del *Restatement (Third)* se celebró en noviembre de 2008 un simposio auspiciado por la *Brooklyn Law Review* en torno a la pregunta *Was the Restatement (Third) of Torts: Products Liability a success?*, Brooklyn, N.Y. Brooklyn Law School, 2009, Special issue of *Brooklyn Law Review*, v. 74, n.º 3 (spring 2009), pp. 633-1282. El tema estrella de las exposiciones es, precisamente, la responsabilidad por los medicamentos, a la vista de la modificación introducida en el *Restatement 3rd.* de manera específica para favorecer a las empresas farmacéuticas. A estos efectos son muy interesantes las informaciones contenidas en los trabajos de Richard C. Ausness, “*Product Liability’s Parallel Universe: Fault-Based Liability Theories and Modern Products Liability Law*”, 74 *Brook. L. Rev.* (2009), pp. 635-667 y de Lars Noah, “*This Is Your Products Liability Restatement on Drugs*”, en las pp. 840-926 del mismo número de revista (disponible también en <http://ssrn.com/abstract=1316387>).

7 La SJPI n.º 90 de Madrid de 19 de noviembre de 2013 es la primera sentencia de condena del laboratorio alemán que comercializó y distribuyó la talidomida a finales de los cincuenta y principios de los sesenta del siglo pasado. La SAP Madrid (Sec. 14ª) de 13 de octubre de 2014 estima el recurso de apelación interpuesto por el laboratorio y desestima la demanda por entender que las acciones ejercitadas estaban prescritas. Sobre los problemas de prescripción, vid. Ángeles Parra Lucán, “La responsabilidad civil por medicamentos y productos sanitarios a la luz del caso de la talidomida”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 8, 2013, pp. 130-146.

beneficios esperables del medicamento. Este es el caso del medicamento Agreal.

Todos los supuestos, por tanto, no merecen el mismo trato y la respuesta a la pregunta de cuándo nace la responsabilidad por los efectos secundarios de los medicamentos debe ser matizada, adaptando la solución a los grupos de casos que se plantean.

## 2. EL CASO AGREAL

### 2.1. El medicamento Agreal y la jurisprudencia

La STS 10-7-2014 (RJ 4318) no es la primera que se ocupa de una reclamación contra el fabricante del medicamento Agreal. Con anterioridad, se han dictado para casos semejantes varias sentencias de la Sala primera. Tampoco será la última, dado que existen procesos abiertos sobre casos análogos. Hay también sentencias del orden contencioso administrativo que se ocupan de reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración por haber autorizado la comercialización del medicamento: las SSTS, Sección 4, 17-9-2012 (RJ 9176) y 13-11-2012 (RJ 10760), niegan la relación casual entre el daño y la ingesta del medicamento, lo que les permite confirmar las sentencias de la Audiencia Nacional recurridas en las que se declara que no hay responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal en las potestades de intervención.

Todas las sentencias de la Sala primera del Tribunal Supremo presentan un contenido parecido. Es ponente de todas ellas el magistrado José Antonio Seijas Quintana.

En la STS 17-6-2011 (RJ 4639) se confirma la sentencia de instancia que condenó al laboratorio por entender que el medicamento había producido efectos secundarios (reacciones adversas) no previstas en el prospecto tal y como fue comercializado en España. La STS 28-5-2012 (RJ 6545)<sup>8</sup> confirma la sentencia que condenó a indemnizar a una sola demandante porque aun cuando consideró acreditada la falta de información sobre los efectos secundarios consideró que solo una de las demandantes probó el daño sufrido. Con iguales argumentos, la STS 6-6-2012 (RJ 6702) confirma la sentencia que condenó a indemnizar a quince de las ciento treinta demandantes. La

---

8 Mención especial debe hacerse del comentario a la STS de 28 de mayo de 2012 de Josep Solé i Feliu “Responsabilidad civil del fabricante por los daños causados por el medicamento Agreal”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 91, 2013, pp. 265-286.

STS 18-6-2013 (RJ 4630) confirma la sentencia que condenó a indemnizar los daños morales sufridos por las mujeres demandantes por el consumo del mismo medicamento que no informaba de los efectos secundarios.

En la STS 10-7-2014 se confirma la sentencia que condenó al laboratorio a pagar tres mil euros a cada una de las ciento cuarenta y seis demandantes por el daño moral derivado del uso de un medicamento por no haber informado de los efectos secundarios, así como a la indemnización de diversas cantidades a trece demandantes que se considera han acreditado la producción de daños corporales.

Importa destacar que este medicamento se comercializó en diversos países de la Unión Europea (a partir del año 1983 en España, y con anterioridad en Bélgica, Francia, Luxemburgo, Italia y Portugal). A partir de unas primeras alertas procedentes de España, donde la Agencia Española del Medicamento revocó la autorización de comercialización en el año 2005, en el año 2007 la Agencia Europea del Medicamento hizo suyo un informe del Comité de Medicamentos de Uso Humano en el que se concluía que los riesgos del consumo del medicamento eran superiores a los limitados efectos beneficiosos que producía<sup>9</sup>, y el medicamento fue retirado de todo el mercado europeo.

Las condenas de tribunales españoles tienen eco en los foros de abogados y afectadas en otros países en los que, al parecer, las reclamaciones no han gozado del éxito que están teniendo entre nosotros<sup>10</sup>. Quizás porque el prospecto en otros países contenía información más detallada sobre algunos efectos secundarios (depresiones, nerviosismo, angustia, temblores, rigidez en las mandíbulas, falta de control de la lengua, dificultades en el habla, insomnio, obesidad, irritabilidad, apatía, ataques de pánico y dolores

de estómago) así como sobre la conveniencia de no prolongar en el tiempo el tratamiento.

La STS 10-7-2014 confirma la condena al laboratorio fabricante con el argumento de “que el medicamento cuestionado es defectuoso por deficiente información contenida en el prospecto y como consecuencia de ello se vulneraron los derechos fundamentales a la libertad, en su vertiente de libertad de elección, y a la integridad física y moral de las actoras”. Las demandas se formulan contra el laboratorio que comercializaba el fármaco en aplicación de la normativa civil plasmada en la Ley 22/94, de 6 julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos<sup>11</sup>, Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento<sup>12</sup> y art. 1902 del Código Civil.

El Tribunal Supremo afirma que el producto es defectuoso y que no ofrecía la seguridad que cabe esperar, lo que evoca el lenguaje de la Directiva 85/374 (incorporada primero a la Ley 22/1994 y ahora al TRLGDC). También se refiere la sentencia a la “falta de diligencia de los laboratorios”, lo que es propio de la aplicación de la regla general de responsabilidad por daños contenida en el art. 1902 CC:

“Junto al etiquetado, la ficha técnica y el prospecto constituyen vertientes fundamentales del derecho a la información en ámbito del derecho sanitario”, y es lo cierto que en el prospecto de Agreal no se hallaban descritos suficientemente los efectos adversos del medicamento, siendo la información en el contenido, insuficiente e inadecuada en orden a posibilitar el consentimiento informado completo y suficiente para la ingesta del fármaco, lo que permite **calificar de defectuoso a un medicamento que, como Agreal, generaba sin duda unas expectativas de seguridad que no se correspondía con el producto**, lo que originó, dicho en términos de la sentencia recurrida, una situación de riesgo permanente vinculada a una **indudable falta de diligencia de los laboratorios** al no haber trasladado a los pacientes la información necesaria

9 En el dictamen del Comité se concluye: “that the benefits of veralipride do not outweigh its risks. It recommended that the marketing authorisation of veralipride be withdrawn and that all veralipride- containing medicines be recalled from the European Union markets. It also recommended that the companies that market these medicines inform all healthcare professionals about the withdrawal directly”. European Medicines Agency (AME), London, 23 July 2007 Doc. Ref. EMEA/299468/2007, *Questions and answers on the recommendations to withdraw the marketing authorisation of veralipride* (accesible en [http://www.ema.europa.eu/docs/en\\_GB/document\\_library/Referrals\\_document/Agreal\\_31/WC500011894.pdf](http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Referrals_document/Agreal_31/WC500011894.pdf)).

10 Se anuncian reclamaciones en el boletín informativo de julio de 2014 de la *Association d'Aide aux Victimes des Accidents et Maladies liés aux risques des médicaments*, Bulletin Information 36, juillet 2014, p. 4, accesible en [http://www.aaavam.eu/presse/pdf/O\\_27062014-141316BULLETIN\\_AAAM-VAM\\_Juillet\\_2014.pdf](http://www.aaavam.eu/presse/pdf/O_27062014-141316BULLETIN_AAAM-VAM_Juillet_2014.pdf)

11 Derogada y su contenido incorporado al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU) (BOE núm. 287, de 30 de noviembre).

12 Ley derogada por la vigente Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE núm. 178, de 27 de julio).

sobre los efectos adversos y al hecho de que, faltando la necesaria autorización administrativa respecto de la modificación de la ficha técnica y del prospecto debió de “informar a los facultativos de todos los aspectos conocidos acerca del Acreal” ( STS - Sala 3ª -13 de noviembre 2012; SSAN de 25 de mayo y 27 de julio 2011)....”

Por su parte, el laboratorio había alegado que no se ha acreditado la relación causal entre el consumo del medicamento y los daños sufridos –esto es, por lo demás, lo que ha entendido la sección 4 del Tribunal Supremo en los procesos iniciados por las mujeres consumidoras de Acreal contra la Administración, y a las que me he referido ya-. Pero la Sala primera del Tribunal Supremo, reiterando su doctrina de que la valoración de la prueba es función soberana del tribunal de instancia, salvo que sea manifiestamente arbitraria o ilógica, rechaza la argumentación del laboratorio y afirma que:

“El objeto del proceso no es fijar un hecho científico ni una técnica universal, sino determinar *algo tan simple* como si se ha acreditado la existencia de efectos secundarios del fármaco no descritos en el prospecto y, si con arreglo a la normativa aplicable, debían figurar en él” (la cursiva es mía).

De esta forma el Supremo, al confirmar el criterio del tribunal de apelación, considera correcto y lógico que, a partir de la valoración del carácter defectuoso (o incluso de la apreciación de la negligencia del laboratorio), que deriva del hecho de la falta de información debida, se deduzca de manera automática la responsabilidad del laboratorio por los daños producidos (morales en todos los casos, corporales también cuando se han considerado probados).

Lo que sucede es que, aun dando por supuesto que se considere probado que el medicamento es la causa de la aparición del daño, la imputación automática de la responsabilidad civil no es, sin embargo, evidente. Afirmar que el uso del medicamento ha causado el daño no implica necesariamente que alguien, en particular el laboratorio que lo comercializa, deba indemnizarlo: es decir, no implica que haya que establecer la responsabilidad civil. El medicamento ha sido causa del daño, pero quedaría por responder la cuestión de si esa causa es jurídicamente relevante, si es suficiente como para imputar responsabilidad civil a quien lo fabricó.

## 2.2. Defectos de información y alternativas del paciente

Entre nosotros, con el fin de precisar a cuál de entre todas las circunstancias antecedentes a la producción de un resultado dañoso se le debe atribuir la producción del mismo se recurre a la llamada “imputación objetiva”. Este concepto, elaborado por la doctrina penal alemana, ha sido importado y aparece recogido en las exposiciones de la doctrina española sobre responsabilidad civil –y en la jurisprudencia de la Sala Primera- con una complejidad expositiva que, en general, envuelve en confusión, porque se condensan argumentos elaborados a partir de casos concretos que solo tienen pleno sentido si se relacionan, precisamente de manera casuística, con las situaciones que se tratan de resolver.

Se habla, en primer lugar, de la *causalidad de hecho*, es decir, la relación de causalidad física o material, que es un concepto propio de la lógica y de las ciencias de la naturaleza y, por tanto, mera cuestión de hecho. Por otra parte, *la causalidad jurídica* o *imputación objetiva*, determina, en un paso posterior, cuáles de los eventos dañosos causalmente ligados a la conducta de un sujeto deben ser puestos a su cargo y cuáles no. Se trata de un juicio de valor mediante el cual se determina si el resultado dañoso producido es objetivamente atribuible al sujeto, atendiendo, por ejemplo, entre otras circunstancias, a su conducta, a las obligaciones correspondientes a su actividad, a la previsibilidad del resultado dañoso con arreglo a las máximas de la experiencia, al riesgo permitido, a los riesgos generales de la vida...<sup>13</sup>

<sup>13</sup>Entre los criterios de determinación de la imputación objetiva que se apuntan pueden destacarse los siguientes: *i)* el criterio del *riesgo general de la vida*, que niega la imputación de los daños que sean realización de riesgos a los que habitualmente está expuesto el dañado (la muerte en accidente aéreo no es imputable a quien provocó que perdiera el anterior vuelo); *ii)* el criterio del *incremento del riesgo*, conforme al cual no cabe imputar a una conducta un daño si, suprimida mentalmente esa conducta, el daño se hubiera producido igual; *iii)* el criterio del *fin de protección de la norma fundamentadora de responsabilidad*, conforme al cual, no cabe imputar un resultado dañoso que caiga fuera de la finalidad de protección de la norma sobre la que pretende fundamentarse la responsabilidad; *iv)* el criterio de *adecuación*, conforme al cual, se imputa a una conducta el resultado dañoso que normalmente derivaría de ella, pero no los que *ex ante* resultarían absolutamente imprevisibles (quien colisiona con un camión cisterna, derramándose la gasolina, que va a parar a un colector, donde se produce una explosión, no es responsable de los daños derivados de la explosión). Se recoge aquí una explicación que pretende ser asequible y que está expuesta en M<sup>a</sup>. Ángeles Parra Lucán, “La responsabilidad civil extracontractual,” en *Curso de Derecho civil II*, Colex, Madrid, 4<sup>a</sup> ed. 2014, p. 895.

En el caso que nos ocupa la aplicación de esta doctrina se dirigiría a determinar si, jurídicamente, debe imputarse al laboratorio los daños que derivan del efecto secundario de un medicamento, en especial cuando el paciente que lo consumió no hubiera sido informado de la posibilidad de su manifestación.

Los casos difíciles son aquellos para los que no existe un tratamiento alternativo que carezca de riesgos. Si no hay un tratamiento alternativo eficaz y más seguro cabría pensar que, en tales circunstancias, al paciente no le hubiera quedado más remedio que seguir el tratamiento, porque la alternativa era encontrarse peor, por lo que es irrelevante que se le hubiera informado o no. Ahora bien, este razonamiento presupone que las decisiones de los usuarios deben responder de manera uniforme a criterios objetivos y racionales y que, por ello es irrelevante ofrecerles información que les permita decidir, lo que es radicalmente contrario a todos los presupuestos sobre los que se basa el reconocimiento del derecho a ser informado, como un derecho conectado a la dignidad personal del paciente. Otra cosa es que, entonces, puede discutirse si los daños indemnizables deben limitarse siempre a la valoración de la falta de respeto del derecho del paciente a decidir si quiere seguir un tratamiento, con todas las condiciones de garantía de la información. O si, por el contrario, además, parece razonable sostener que, en algunos casos, demostrada la producción de los efectos adversos, estos también deben ser indemnizados.

Así, en muchas ocasiones, una información previa adecuada permite identificar con antelación la aparición de esos efectos secundarios y, con ayuda del médico, valorar si se continúa o no con el tratamiento, en función de la relación entre el padecimiento que se quiere evitar y el que está ocasionando el medicamento. Aquí, salvo la convicción de que en el caso concreto ese paciente, por su personalidad, hubiera suspendido el tratamiento (antes prefiere sufrir los síntomas de la hiperplasia benigna de próstata que quedarse impotente, antes prefiere tener sofocos que engordarse unos kilos y perder su figura...), la valoración de si se hubiera rechazado o suspendido el tratamiento, deberá tener en cuenta criterios de razonabilidad, lo que hubiera hecho una persona media en circunstancias semejantes (en función de su edad, estilo de vida, etc.).

Cuando el efecto adverso es una secuela grave, irreversible (desde el fallecimiento a la aparición de una esclerosis) que ya no puede evitarse suspendiendo la aplicación del medicamento, los problemas son

otros. Concluir que, aunque hubiera sido informado, el paciente igualmente hubiera consumido el medicamento y que, por ello, no debe imputarse la responsabilidad al laboratorio por los efectos adversos producidos, implicaría afirmar que el paciente asume todo el riesgo de los efectos que se hayan podido anunciar. A esta conclusión se podría llegar interpretando a contrario la decisión de condena al laboratorio, no por la calificación del medicamento como intrínsecamente defectuoso, sino por no haber informado de los efectos secundarios que podría provocar. Pero este razonamiento no me parece aceptable pues, de hecho, equivaldría a una exoneración de responsabilidad de los laboratorios por todos los daños posibles o probables que pudieran conocerse y anunciarse, desplazando a cada paciente de manera individual la valoración del riesgo asumible en el consumo de los medicamentos. Vuelvo sobre ello en el apartado 4 de estas notas.

### **3. LOS MEDICAMENTOS Y EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS**

#### **3.1. Autorización de la comercialización de medicamentos y responsabilidad civil**

La comprensión de las reglas de responsabilidad no puede llevarse a cabo prescindiendo del entramado complejo normativo relativo a la comercialización de los medicamentos: exigencia de autorizaciones específicas para su puesta en el mercado, necesidad de controles y ensayos, actuación de comités de expertos, sistema de alertas, vigilancia, suspensión de las licencias, retirada del mercado... La finalidad de estas normas es lograr la mayor seguridad de los medicamentos que se introducen y se mantienen en el mercado<sup>14</sup>. Se trata, por tanto, de sistemas diseñados en aras de la protección de los intereses generales.

Los medicamentos son productos peculiares, en el sentido de que son necesarios para el tratamiento de enfermedades y para mejorar la calidad de vida y la salud de las personas. Se admite que la utilidad de los medicamentos suele ir acompañada de efectos adversos. Dejo fuera los supuestos en los que, por un fallo en el proceso de elaboración, en el sistema

<sup>14</sup> Destacan, entre la normativa específica, la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE núm. 178, de 27 de julio) y el Real Decreto 577/2013, de 26 de julio, por el que se regula la farmacovigilancia de medicamentos de uso humano (BOE núm. 179, de 23 de julio).

de control, un lote o una partida de medicamentos es defectuoso y causa daños si no se detecta antes y se ordena su retirada (lo mismo puede decirse de los fallos en la elaboración de preparados fórmulas magistrales). La determinación de la responsabilidad del laboratorio no plantea entonces especiales dificultades. Merecen especial atención los casos en los que la propia composición, principios activos, estructura molecular, la propia esencia del medicamento es al mismo tiempo beneficiosa y dañina.

Cuando los riesgos son mayores que los beneficios, una valoración global y abstracta debe llevar a impedir la comercialización del medicamento. El deber constitucional de garantía por parte de los poderes públicos de la salud y la seguridad así lo impone (arts. 43 y 51 CE). La valoración del riesgo en una materia técnicamente tan compleja y en la que se ven comprometidos intereses generales no puede ser individual, sino que corresponde a la sociedad, a través de los organismos competentes (agencia del medicamento y similares), que deben resolver con arreglo a los criterios científicos disponibles. De ahí que sea exigible la existencia del control de farmacovigilancia para la aprobación de los productos, el seguimiento y la posibilidad de retirada del mercado.

En la regulación normativa del sector existen disposiciones en las que a la Administración no sólo se le atribuyen competencias, sino que se le imponen “obligaciones” (deberes) dirigidas a garantizar la seguridad de los medicamentos y de los productos sanitarios<sup>15</sup>. La Administración, incluso, tiene atribuidas funciones de control de la información que se suministra<sup>16</sup>, y es un agente activo en toda la labor de farmacovigilancia y del sistema de vigilancia de los productos sanitarios<sup>17</sup>.

---

15 Así, por ejemplo, el art. 5 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, establece que “a efectos de salvaguardar las exigencias de salud y seguridad pública, las Administraciones públicas *están obligadas* a comunicarse cuantos datos, actuaciones o informaciones se deriven del ejercicio de sus competencias y resulten necesarias para la correcta aplicación de esta Ley”.

16 Así, para los medicamentos, a través de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, art. 15 de la Ley 29/2006, de 26 de julio.

17 Real Decreto 577/2013, de 26 de julio, por el que se regula la farmacovigilancia de medicamentos de uso humano. El Sistema Español de Farmacovigilancia, que coordina la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, integra las actividades que las Administraciones sanitarias realizan de manera permanente y continuada para recoger, elaborar y, en su caso, procesar toda la información útil para la supervisión de medicamentos y, en particular, la información sobre reacciones adversas a los medicamentos, así como para la realización de

Por todo ello se ha planteado si la Administración debe responder, junto al fabricante, de los daños causados por un producto defectuoso cuya comercialización ha autorizado de forma negligente, sin seguir los procedimientos de control necesarios. También si debe responder por no ordenar la retirada de un producto cuando se descubre que causa daños. En la experiencia española una reclamación de este estilo no ha prosperado nunca<sup>18</sup> y, en particular, en relación con el medicamento Agreal, las SSTS, Sección 4, 17-9-2012 y 13-11-2012, confirmando el criterio de la Audiencia Nacional, sostienen que es el demandante quien debe probar que el medicamento no se debió autorizar, partiendo del estado de la ciencia en aquél momento. Se declara igualmente que la Administración ejerció sus funciones de farmacovigilancia al evaluar el riesgo/beneficio con posterioridad, al notificarse las reacciones adversas y que, en todo caso, sobrevenidos posteriores efectos adversos, es el laboratorio quien debe informar, de acuerdo con la normativa de farmacovigilancia.

Por ello, aun cuando no hay que descartar teóricamente la posibilidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración<sup>19</sup>, presenta más interés

---

cuantos estudios se consideren necesarios para evaluar la seguridad de los medicamentos (art. 54 de la Ley 29/2006, de medicamentos y productos sanitarios). En el caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y grave para la salud, las autoridades sanitarias pueden ordenar la retirada del mercado y la prohibición de utilización de medicamentos, fórmulas magistrales y preparados oficinales, así como la suspensión de actividades, publicidad y la clausura provisional de establecimientos, centros o servicios (art. 99 de la Ley 29/2006, de medicamentos y productos sanitarios).

18 La SAN, 3ª, de 6 de marzo de 2002 (Id Cendoj: 28079230042002100623), que aplica el art. 141.1 de la LRJ-PAC, según redacción de la Ley 4/1999, para exonerar de responsabilidad a la Administración demandada por haber mantenido en el mercado un producto antiabortivo que, al cabo de los años de su aplicación se reveló como causante del fallecimiento por cáncer de vagina de la hija que llegó a nacer de la gestante que lo consumió: “la fecha en que la recurrente ingirió el medicamento Protectona, viable para gestantes con riesgo de aborto, como era su caso, *el estado de los conocimientos científicos en nuestro país impedía conocer los efectos negativos*”, no viene obligada la Administración a repararlo”. El art. 141.1 de la Ley 30/1992, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), según redacción de la Ley 4/1999, excluye la responsabilidad de la Administración no sólo cuando la circunstancia de que derivan los daños no se hayan podido prever (riesgos de desarrollo), también cuando siendo previsible, no se hayan podido evitar (por ejemplo, riesgos secundarios asociados a un medicamento, o que aparecen estadísticamente en un porcentaje determinado de pacientes...).

19 Puesto que la normativa de responsabilidad por productos defectuosos no establece la responsabilidad de la Administración, tal responsabilidad sólo podrá exigirse cuando se cumplan los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas contenidos en la Ley 30/1992,

el análisis de la responsabilidad del laboratorio fabricante del medicamento.

En primer lugar, hay que negar que la autorización de un medicamento exonere de responsabilidad a los fabricantes, ya que la autorización “se concederá sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal del fabricante o fabricantes y así mismo, del fabricante o fabricantes implicados en el proceso de fabricación del producto o de su materia prima, y en su caso del titular de la autorización de comercialización” (art. 23 del Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente)<sup>20</sup>.

Este planteamiento se trata de oscurecer, como vamos a ver, a través de la interpretación de lo que debe entenderse por producto defectuoso y la determinación de la seguridad que cabe esperar cuando se trata de medicamentos, dada su naturaleza esencialmente peligrosa, podríamos decir. No se afirma directamente que el fabricante deba exonerarse de responsabilidad por el hecho de que el medicamento haya sido autorizado, sino que se trata de argumentar que, propiamente, cuando la Administración ha valorado con criterios generales y abstractos, en interés de la sociedad o del colectivo de afectados por determinada dolencia o enfermedad, que los riesgos del medicamento son menores a la utilidad que se obtiene de él, nadie podría esperar una seguridad mayor que la que ofrece. No sería legítimo confiar en que nunca pudieran producirse efectos adversos en determinados pacientes o en que el medicamento careciera de efectos secundarios menores. A un resultado semejante ha llegado, con otros argumentos, parte de la doctrina y jurisprudencia norteamericana.

---

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), cuyo art. 139.1 establece que: “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

20 BOE núm. 267 de 7 de noviembre.

Desde el punto de vista de la normativa de responsabilidad del art. 140.1.d) del TRLGDCU permite al productor exonerarse de responsabilidad probando que «el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes». La aplicación de esta regla será excepcional, puesto que, no sólo ha de tratarse de normas imperativas sino que además, y precisamente, la defectuosidad del producto debe ser consecuencia del cumplimiento de esas exigencias legales.

### 3.2. Reglas específicas de responsabilidad para los daños causados por los medicamentos

En teoría resultaría más sencillo probar que el producto es defectuoso que identificar una conducta negligente en la actividad del fabricante, y esa era una de las virtualidades de la doctrina del producto defectuoso elaborada a lo largo del siglo veinte en las diferentes jurisdicciones estadounidenses y también, por su influencia, en la elaboración del Derecho europeo.

Sin embargo, la experiencia acumulada durante años parece haber demostrado en los EE.UU. que es más fácil lograr una condena centrando el análisis en la conducta del demandado que tratar de demostrar que el producto era defectuoso y, en particular, que podía existir un diseño alternativo razonable más seguro o que, de manera abstracta, los riesgos del medicamento superaban las ventajas de sus efectos terapéuticos, bien para la generalidad de los pacientes bien para los grupos de afectados por la dolencia cuyos efectos se dirige a paliar<sup>21</sup>.

En la experiencia norteamericana, tradicionalmente, para hacer responder al fabricante de un laboratorio por los daños causados por efectos secundarios de los medicamentos, los tribunales habían venido considerando suficiente la prueba de que conocía o debía conocer la posibilidad de producción de tales daños y, sin embargo, no informó debidamente de ello. Algunos tribunales aplicaban el criterio de las expectativas de un consumidor medio y otros, en cambio, se inclinaban por una valoración del riesgo-beneficio que reportaba el medicamento a la vista, por ejemplo, de la gravedad de los efectos secundarios sobrevenidos.

Los redactores de la sección 402A del Restatement Second of Torts (1965), que contenía como regla general la de la *strict liability*, introdujeron en el comment k una excepción cuando se trataba de “[u]navoidably unsafe” but useful products. De manera expresa el comment k preveía que “a product that is incapable of being made safe for its intended use” would not be subject to strict liability as long as the utility of the product “outweigh[ed] its apparent risks and an adequate warning [was] given”. De acuerdo con el comment k, un producto inevitablemente inseguro no era defectuoso incluso aunque hubiera causado un daño a un consumidor.

---

21 Richard C. Ausness, cit., p. 654 ss.



Muchos tribunales entendieron que los medicamentos quedaban excluidos de la *strict liability* siempre que hubieran sido elaborados de manera correcta y fueran acompañados de las instrucciones adecuadas. Pero otros no aplicaban indiscriminadamente la excepción a la regla de responsabilidad objetiva para todos los medicamentos, sino solo únicamente a los medicamentos que se consideraban de necesidad vital para la salud pública y, por tanto, altamente beneficiosos. Este razonamiento se basaba en la idea de la utilidad social de los medicamentos y en la voluntad de no imponer a sus fabricantes una carga mediante reglas estrictas de responsabilidad que pudieran frenar la introducción en el mercado de nuevos medicamentos, por temor a que pudieran llevar asociados efectos adversos cuya producción generara reclamaciones de indemnizaciones a los consumidores. Este planteamiento tuvo acogida en el Restatement Third of Torts, que crea el estándar del “reasonable physician”<sup>22</sup>.

El Products Liability Restatement establece una regla separada, y más restrictiva, de responsabilidad para los productos farmacéuticos [Restatement Second of Torts: Prods. Liab. § 6.c (1998)]. La regla es diferente para los medicamentos según que estén o no sujetos a prescripción médica. Para los que no lo están, y se encuentran a disposición de todos los pacientes, se adopta el criterio del diseño alternativo razonable (*Reasonable Alternative Design*), que califica como defectuoso un medicamento solo si los riesgos pudieron haberse reducido o evitado con la adopción de un diseño alternativo más seguro y a un coste razonable<sup>23</sup>. De esta forma, la víctima

sería indemnizada si lograra probar que el daño sufrido podría haber sido evitado o reducido mediante la adopción de un diseño alternativo razonable (y posible técnicamente a un coste no muy superior al comercializado que causó el daño)<sup>24</sup>.

Para los medicamentos sujetos a prescripción médica, en cambio, se adopta el criterio del médico razonable (*Reasonable Physician Standard*), que sólo considera defectuoso aquel medicamento que, de acuerdo con los riesgos y beneficios previsibles del medicamento, un profesional sanitario no prescribiría a ningún tipo de pacientes. De acuerdo con el § 6(c) del Restatement Third, “A prescription drug or medical device is not reasonably safe due to defective design if the foreseeable risks of harm posed by the drug or medical device are sufficiently great in relation to its foreseeable therapeutic benefits that *reasonable health-care providers, knowing of such foreseeable risks and therapeutic benefits, would not prescribe the drug or medical device for any class of patients*”.

Este estándar protege a los fabricantes de medicamentos frente a la responsabilidad por los defectos de diseño, porque lo decisivo no es lo peligrosos que puedan ser sus productos, sino sus efectos terapéuticos para, al menos, una clase de personas. Solo son defectuosos los medicamentos que un médico razonable e informado no prescribiría a ningún grupo de pacientes. Esta regla implica, en definitiva, una auténtica inmunidad<sup>25</sup> para los laboratorios pues, de una parte, si los medicamentos gozan de las aprobaciones de la Administración sanitaria competente es razonable pensar que la valoración del profesional, que carece de mejores conocimientos para valorar si un medicamento es suficientemente seguro como para ser recetado, no será diferente.

Por ello, en la práctica, los demandantes perjudicados por medicamentos prefieren huir de las reglas de la *strict liability* y recurren a otras, como por

22 Para la exposición de las diferentes posturas de los tribunales estadounidenses al aplicar el Restatement Second of Torts de 1965 y, después, el Restatement Third de 1997: Shifton, Mark D., “The Restatement (Third) of Torts: Products Liability: the ALI’s cure for prescription drug design liability”, *Fordham Urban Law Journal* Aug 1 2002, [http://www.thefreelibrary.com/The+Restatement+\(Third\)+of+Torts%3a+Products+Liability%3a+the+ALI's+cure...-a094447685](http://www.thefreelibrary.com/The+Restatement+(Third)+of+Torts%3a+Products+Liability%3a+the+ALI's+cure...-a094447685); Silverglate, Spencer H., “The Restatement (Third) of Torts: Products Liability - the tension between product design and product warnings”, *Florida Bar Journal* Dec 1, 2001, [http://www.thefreelibrary.com/The+Restatement+\(Third\)+of+Torts%3a+Products+Liability+-+the+tension...-a080900970](http://www.thefreelibrary.com/The+Restatement+(Third)+of+Torts%3a+Products+Liability+-+the+tension...-a080900970); Bograd, Louis M. Taking on big pharma - and the FDA: the fight against federal preemption is far from over, but some courts have rejected drug company claims that an FDA preamble should be granted sweeping deference. *Trial*, Mar 1, 2007, <http://www.thefreelibrary.com/Taking+on+big+pharma+-+and+the+FDA%3a+the+fight+against+federal...-a0161024354>

23 § 2(b): [A] product is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe.

24 Shawn M. Raiter, “Restatement (Third) of Torts and the Proof of a Reasonable Alternative Design”, accesible en [http://www.larsonking.com/#products\\_liability/publication.cfm](http://www.larsonking.com/#products_liability/publication.cfm)

25 Richard L. Cupp Jr., “Preemption’s Rise (and Bit of a Fall) as Products Liability Reform. Wyeth, Riegel, Altria and the Restatement (Third)’s prescription product design defect standard”, *Brooklyn Law Review*, 74, 3, 2009, pp. 727 ss.; con anterioridad, en “Rethinking Conscious Design Liability for Prescription Drugs: The Restatement (Third) Standard Versus a Negligence Approach”, 63 *Geo. Wash. Law Rev.* 76, 1994, pp. 99- 110 y “The Continuing Search for Proper Perspective: Whose Reasonableness Should Be at Issue in a Prescription Product Design Defect Analysis?”, *Seton Hall. Rev.* 30, 1999, pp. 244-52.

ejemplo la tradicional doctrina de la *fraudulent misrepresentation*, invocando el argumento de la confianza del consumidor despertada por la comercialización del medicamento, que es presentado como seguro por el laboratorio; y sus demandas son -en ocasiones- aceptadas<sup>26</sup>.

### 3.3. Aplicación a los medicamentos de las reglas generales de responsabilidad por productos defectuosos

En Derecho español no existe un régimen específico de responsabilidad por los daños ocasionados por el uso o consumo de medicamentos. Debe acudir, en consecuencia, al régimen general dispuesto para la responsabilidad por productos defectuosos, contenido en la actualidad en el Libro tercero del TRLGDCU (Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios)<sup>27</sup>.

Recogiendo el criterio de la Directiva 85/374, el art. 136 del TRLGDCU, considera producto a «cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad». Se deduce, sin ninguna dificultad, que están incluidos los medicamentos (y los productos sanitarios), como han admitido con normalidad varias resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>28</sup>. La ley establece una responsabilidad por el carácter defectuoso de los productos, independiente de la culpa del productor. Se entiende por producto defectuoso «aquél que no ofrezca la seguridad que legítimamente cabría esperar teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación» (art. 137 del TRLGDCU). La noción de defecto se vincula a la idea de falta de seguridad y cobra todo

su sentido cuando se dirige a proteger la salud y la seguridad personal.

La seguridad exigible no es absoluta, menos cuando se trata de medicamentos, y debe ser valorada en función de las expectativas legítimas teniendo en cuenta todas las circunstancias. La ley menciona algunas, como la «presentación» del producto, que hace referencia a la forma de comercialización del producto, a las instrucciones y a la información que se suministran al destinatario del producto, e incluso a la publicidad. En definitiva, a todas aquellas cuestiones que tienen algo que ver con la confianza que suscita el fabricante que lanza al mercado sus productos. Para la valoración de lo que sea un «uso razonablemente previsible» del producto también habrán de tenerse en cuenta las instrucciones sobre el uso correcto del producto.

Desde este punto de vista se podría observar que la especialidad de los medicamentos, frente a otros productos que se ofrecen en el mercado, es su mayor utilidad y el beneficio social. Podría entenderse entonces que la valoración del interés y del riesgo asumible ha sido realizada ya por la agencia competente para otorgar la autorización, y que no es deseable que un juez individual revise tal valoración del riesgo asumible, lo que podría entenderse que se produce si en un caso concreto se considera que el producto, que interesa que siga comercializándose, es defectuoso por haber dañado a un paciente concreto, invirtiendo el balance global del riesgo-beneficio.

Pero este planteamiento no es totalmente satisfactorio y merece las siguientes objeciones. En primer lugar, las agencias fijan un mínimo de seguridad, no un máximo, lo que conecta fácilmente con las doctrinas bien conocidas entre nosotros de que el cumplimiento de las normas reglamentarias no es suficiente para exonerar de responsabilidad, o que las licencias se conceden sin perjuicio de los derechos de terceros (en este caso, las víctimas concretas de un daño). Pero, sobre todo, debe tenerse presente que prevención y responsabilidad se complementan, pero no se suponen, ya que ni sus objetivos ni sus presupuestos ni sus efectos son los mismos, aunque tienden a converger. En efecto, el balance riesgo-utilidad es válido para la fase de prevención y en parte también para la fase de responsabilidad civil, pero los datos que deben valorarse al aplicar el test en uno y otro caso no son idénticos. El problema ha dado lugar a un debate no resuelto de manera uniforme en la doctrina y la jurisprudencia francesas en casos de

26 Vid. Richard C. Ausness, cit., pp. 635 y 659; Jeffrey D. Winchester, "Section 8(c) of the Proposed Restatement (Third) of Torts: Is It Really What the Doctor Ordered", 82 Cornell L. Rev. 644 (1997), incorporated 05/08/2014 <http://scholarship.law.cornell.edu/clr>, Accesible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol82/iss3/5>; Mark D. Shifton, "The Restatement (Third) of Torts: Products Liability: the ALI's cure for prescription drug design liability", Accesible en [http://www.thefreelibrary.com/The+Restatement+\(Third\)+of+Torts%3a+Products+Liability%3a+the+ALI's+cure...+a094447685](http://www.thefreelibrary.com/The+Restatement+(Third)+of+Torts%3a+Products+Liability%3a+the+ALI's+cure...+a094447685)

27 Ampliamente, M<sup>a</sup>. Ángeles Parra Lucán, *La protección del consumidor frente a los daños: responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, editorial Reus, Madrid, 2011.

28 STSJUE 9 febrero 2006, O'Byrne v. Sanofi Pasteur C-127/04; STSJUE 25 febrero 2002, M.V. González Sánchez v. Medician Asturiana, C-183/00; STSJUE 10 mayo 2001, Veedfeld C-203/99.

manifestación de esclerosis tras la administración de una vacuna contra la hepatitis B<sup>29</sup>.

Podría parecer paradójico que el medicamento se mantenga en el mercado con autorización de la administración sanitaria competente y que, al mismo tiempo, los jueces condenaran a los laboratorios por los efectos secundarios del medicamento. Ciertamente que la decisión de un juez en un caso concreto declarando que el producto es defectuoso repercute en la permanencia de ese medicamento en el mercado y puede, indirectamente, perjudicar a los beneficiarios potenciales para los que ese medicamento es útil. Pero ambas fuerzas e intereses deben equilibrarse armónicamente.

La valoración por parte del laboratorio de su interés en comercializar ese producto si las indemnizaciones son abundantes y elevadas influirá en la decisión de mantenerlo en el mercado. Pero quizás entonces lo que puede suceder es que sea discutible que la valoración del medicamento resulte favorable.

---

<sup>29</sup>Aun cuando hay otras resoluciones diferentes, la *Cour de cassation* francesa, 1<sup>è</sup> civ., 26 septembre 2012, pourvoi numéro 11-17.738, anula la sentencia de apelación que absolvió al laboratorio en un caso de una reclamación por la manifestación de una esclerosis tras la administración de una vacuna. El tribunal de apelación consideró que la vacuna es globalmente beneficiosa contra el desarrollo de una enfermedad grave, por lo que no puede considerarse defectuosa en un caso concreto por el simple hecho de que el daño se manifestara tras su administración. La *Cour de cassation* declara que los tribunales deben juzgar la seguridad que ofrece el producto a la vista de «*les circonstances particulières*» del caso, lo que conduce en la práctica a una valoración del carácter defectuoso de alguna manera subjetiva.

En cambio, en un caso similar, la decisión del mismo órgano de 29 mai 2013, pourvoi numéro 12-20.903 mantiene el criterio del tribunal de apelación que absolvió al laboratorio tras declarar que correspondía a la demandante probar el nexo causal entre la aplicación del medicamento y la producción del daño, dado que no existe certeza científica de la causalidad entre la vacuna y la aparición de la esclerosis y las pruebas aportadas por la demandante no acreditan de manera cierta que esa fuera la causa de la enfermedad adquirida con fuerza suficiente como para desvirtuar la utilidad y el beneficio que se derivan de la vacuna.

Existe una abundante literatura en torno a esta jurisprudencia. Vid., en particular, los comentarios de Jean-Sébastien Borghetti, “Contentieux de la vaccination contre l’hépatite B: le retour en force de la condition de participation du produit à la survenance du dommage,” *Recueil Dalloz* 2013, p. 1717; Patrice Jourdain, “Vaccination contre l’hépatite B: le défaut présumé à partir des présomptions de causalité”, *RTDCiv.* 2013, p. 131; Christophe Radé, “Vaccination anti-hépatite B et sclérose en plaques: une avancée décisive pour les victimes?”, *Recueil Dalloz* 2012, p. 2376; Jean-Sébastien Borghetti, “Qu’est-ce qu’un vaccin défectueux?”, *Recueil Dalloz* 2012, p. 2853; Luc Grynbaum, “La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte de l’incertitude de la médecine?”, *Recueil Dalloz* 2008, p. 1928.

Por el contrario, si el producto se mantiene porque, en atención a las personas a las que beneficia se considera beneficioso socialmente y rentable para el laboratorio, es razonable que este asuma el coste de indemnizar a las víctimas concretas que resulten afectadas. Esa misma responsabilidad implica una garantía de un consumo más confiado para el conjunto de los consumidores. Negar el derecho a ser indemnizados de los consumidores perjudicados con el argumento del beneficio social del medicamento valorado de manera objetiva y general no solo es injusto –y las reglas de Derecho deberían tender a lograr la justicia– sino que repercute en la confianza global de los consumidores, evitando que queden abandonados a su suerte cuando resultan, de manera asilada e individual, perjudicados.

Pero, sobre todo, negar la responsabilidad civil en estos casos cuando el daño es causado por el medicamento presupone una concepción de la responsabilidad ajena a nuestro sistema. No hay que responder necesariamente porque las cosas se hayan hecho mal: las reglas de responsabilidad civil distribuyen los riesgos entre los sujetos que intervienen en determinada actividad, y determinan en qué casos la víctima no debe asumir sola las consecuencias negativas sobrevenidas. Indirectamente, la responsabilidad civil, en el caso de los medicamentos, debe contribuir a expulsar del mercado aquellos medicamentos cuyo coste –incluido el derivado de las indemnizaciones que se deban pagar– no se pueda asumir y fomentar, de esta manera, el desarrollo de tratamientos alternativos más seguros.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, el régimen español de la responsabilidad civil no es el de la evaluación riesgo-seguridad, sino el de la seguridad que legítimamente cabe esperar. El balance del beneficio-riesgo es el criterio clave de la regulación que controla la autorización y el seguimiento de los medicamentos y los productos sanitarios en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (y en la legislación que la desarrolla. Esa valoración puede dar lugar a la autorización de medicamentos que lleven asociados riesgos conocidos de efectos adversos graves cuando el mal que se trata de evitar es mayor y no existe otra alternativa. La valoración de la relación entre la enfermedad evitable y la probabilidad del efecto adverso y su gravedad es la clave para autorizar y mantener en el mercado el producto. La cuestión es si la concreción de ese riesgo en un paciente debe ser soportada en exclusiva por la víctima.

Aun cuando la definición de seguridad que cabe esperar es suficientemente amplia como para intentar incluir el balance riesgo/beneficio en abstracto, este planteamiento debe ser rechazado. Desde luego que no se trata de la seguridad que de manera subjetiva puede esperar cada consumidor, pero sí de lo que cualquier consumidor razonable –cualquier consumidor si se trata de medicamentos con indicaciones genéricas, los consumidores de ciertos grupos, si se trata de medicamentos dirigidos a sectores específicos con cierta patología o indicación: calvicie masculina, sofocos propios de la menopausia, diabéticos, personas con la tensión alta, con cáncer de próstata, etc.- podría esperar al encontrarse en la situación de consumir el medicamento en cuestión. De esta forma, al valorar lo que las personas en situación de consumir el medicamento pueden esperar se está valorando también el riesgo que socialmente se considera aceptable como naturalmente asociado al consumo del medicamento. Por eso, prevención y responsabilidad interactúan y acaban complementándose.

#### 4. EFECTOS SECUNDARIOS DE LOS MEDICAMENTOS, INFORMACIÓN Y DAÑOS INDEMNIZABLES

##### 4.1. Deberes de información y prevención de daños

La autorización de comercialización se concede tras un procedimiento de evaluación de la calidad, seguridad, eficacia y correcta información del medicamento en el que la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), concluye que la relación entre el beneficio y el riesgo para ese medicamento, en las condiciones de uso autorizadas, es positiva.

En definitiva, se admiten medicamentos con riesgos adversos inevitables. Puede ser de interés general su comercialización. Pero hay que advertir de esos riesgos que pueden sobrevenir, de los efectos secundarios. El producto puede no ser defectuoso desde el punto de vista del diseño y no hay alternativa razonable, pero puede fallar en la información que se suministra y privar al paciente de la libertad de decidir si asume ese riesgo o no. Otra cosa es, como ya se ha señalado con anterioridad, que deban indemnizarse los daños producidos si sobreviene el riesgo.

Diferente problema es el que se plantea cuando sí se ha informado de los posibles efectos secundarios.

La exigencia legal de que se informe a los médicos y a los pacientes, mediante la ficha técnica y el prospecto, de los posibles efectos secundarios de los medicamentos supone en la práctica que la comercialización de un producto vaya acompañada de una larga lista de amenazas que, tomadas en serio, desaconsejarían a cualquier persona prudente tomar ningún fármaco. ¿Debe excluirse la responsabilidad del laboratorio fabricante que ha advertido de los efectos secundarios, por entender que habrían sido asumidos voluntariamente por el consumidor informado?

En este caso el producto no tiene un defecto de diseño ni de información, de donde podría deducirse que falta uno de los presupuestos para establecer la responsabilidad civil. Pero estos son solo argumentos teóricos contruidos sobre la base de un estudio formal del último estadio de la responsabilidad por productos. Nuestro Derecho no exige la prueba de la existencia de alguno de los tipos de defectos que, a partir de la experiencia jurisprudencial comparada, ha permitido a la doctrina elaborar la clasificación que manejamos de defectos de fabricación, de diseño y de información. La referencia a las clases de defectos solo trata de facilitar la comprensión de esta materia y simplificar la prueba, pero el único concepto legal es el de defecto entendido como la falta de seguridad que cabe legítimamente esperar.

Cuando se concreta un efecto secundario grave, un resultado desproporcionado para la dolencia que se trata de abordar, un efecto anormal, puede afirmarse que, para la generalidad de los consumidores, y no solo para la víctima concreta del daño, se trata de un riesgo que supera las expectativas que cabe legítimamente esperar<sup>30</sup>. Esto es así aplicando el régimen legal vigente en España como consecuencia de la incorporación de la Directiva comunitaria, porque no define el defecto en términos de riesgo-utilidad, para ningún producto, tampoco para los medicamentos. Es irrelevante que el prospecto advirtiera que, en casos excepcionales, el medicamento, podía dar lugar a un infarto, a una esclerosis, a una pérdida de movilidad, etc. La anormalidad, el daño excesivo, la desproporción con el resultado obtenido queda fuera de la confianza y de la seguridad que cabe esperar, en

30 Para un caso concreto la sentencia del Tribunal civil d'Arlon (3<sup>e</sup> Chambre) 23 février 2006 (Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, 27, 2006 II, p. 1205) afirma que un medicamento puede producir efectos adversos indeseables sin que eso lo haga defectuoso y que, a la inversa, por el hecho de que el laboratorio haya advertido de la posibilidad de los efectos secundarios no hay que excluir que el medicamento pueda ser considerado defectuoso, en particular cuando el riesgo sobrevenido sea excesivo.

buena medida por la propia inflación informativa y la convicción generalizada de que se trata de una técnica defensiva de los laboratorios, no de la amenaza real de un peligro cierto que pueda sobrevenir.

La sentencia del Tribunal Supremo 10-7-2014, en el caso Agreal, considera que el medicamento era defectuoso por falta de información porque “en el prospecto de Agreal no se hallaban descritos suficientemente los efectos adversos del medicamento, siendo la información en el contenido, insuficiente e inadecuada en orden a posibilitar el consentimiento informado completo y suficiente para la ingesta del fármaco, lo que permite calificar de defectuoso a un medicamento que, como Agreal, generaba sin duda unas expectativas de seguridad que no se correspondía con el producto”.

En el caso, por la fecha en que sucedieron los hechos, se invoca el art. 19 Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento<sup>31</sup>. En la actualidad, de manera sustancialmente igual por lo que aquí importa, esta materia está regulada en el art. 15 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (“Garantías de información”)<sup>32</sup>.

31 Conforme a este precepto: “4. El prospecto proporcionará a los pacientes información suficiente sobre la identificación de la especialidad y su titular e instrucciones para su administración, empleo y conservación, así como sobre los efectos adversos, interacciones, contraindicaciones y otros datos que se determinen reglamentariamente con el fin de promover su más correcto uso y la observancia del tratamiento prescrito, así como las medidas a adoptar en caso de intoxicación. 5. La ficha técnica resumirá la información científica esencial sobre la especialidad farmacéutica a que se refiere, y será difundida a los médicos y farmacéuticos en ejercicio y, en su caso, a los veterinarios en ejercicio, por el titular de la autorización, antes de la comercialización de la especialidad farmacéutica. La ficha técnica se ajustará a un modelo uniforme, y en ella constarán datos suficientes sobre identificación de la especialidad y su titular, así como la información que requiera una terapéutica y atención farmacéutica correcta, de acuerdo con los estudios que avalan su autorización. ... 7. La información del prospecto y ficha técnica, especialmente la que se refiere a indicaciones, contraindicaciones, efectos adversos y precauciones particulares en su empleo, deberá ser congruente con los resultados de los estudios farmacológicos y clínicos a que se refieren los artículos 12 y 13 y con el estado presente de los conocimientos científicos. También deberán reflejar la experiencia adquirida con la especialidad farmacéutica desde su comercialización. 8. Las afirmaciones que contengan estarán, en todo caso, apoyadas por estudios científicos y no serán desorientadoras para los profesionales sanitarios o el público”.

32 Conforme a este precepto: “1. El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad regulará los aspectos relativos a las garantías de información: características, extensión, pormenores y lugares donde deba figurar. En todo caso, para la elaboración de esta información sobre el medicamento, su titular proporcionará información escrita suficiente sobre su identificación, indicaciones y precauciones a observar en su empleo. ...

De acuerdo con esta normativa no solo la ficha técnica, dirigida al profesional sanitario, también el prospecto debe informar de los efectos secundarios. Pero es decisiva la intervención de un profesional experto en la prescripción del medicamento, profesional que dispone de una información superior a la del paciente, y que debe valorar en cada caso concreto, pero sin prescindir de la opinión del paciente, tanto la conveniencia del consumo de cierto medicamento como las dosis y forma de administración<sup>33</sup>.

Es necesaria, por tanto, una valoración inicial del profesional al comenzar el tratamiento pero, también, un seguimiento en la aparición de efectos sospechosos durante el tiempo que el medicamento se consume. Puesto que en materia de responsabilidad médica el criterio de imputación es la culpa<sup>34</sup>, la responsabilidad del médico por falta de información de los efectos secundarios necesariamente debería reconducirse a una negligencia que no existirá si el médico se atiene a la información proporcionada por el laboratorio.

En esta línea, aun cuando era innecesario, porque en realidad no se planteaba ninguna reclamación contra los médicos que habían prescrito el medicamento, el Tribunal Supremo, en la sentencia 10-7-2014 parece dar por supuesto que, siendo un medicamento

2. La *ficha técnica* o resumen de las características del producto reflejará las condiciones de uso autorizadas para el medicamento y sintetizará la información científica esencial para los profesionales sanitarios. ... 3. El prospecto, que se elaborará de acuerdo con el contenido de la ficha técnica, proporcionará a los pacientes información suficiente sobre la denominación del principio activo, identificación del medicamento y su titular e instrucciones para su administración, empleo y conservación, así como sobre los efectos adversos, interacciones, contraindicaciones, en especial los efectos sobre la conducción de vehículos a motor, y otros datos que se determinen reglamentariamente con el fin de promover su más correcto uso y la observancia del tratamiento prescrito, así como las medidas a adoptar en caso de intoxicación. El prospecto deberá ser legible, claro, asegurando su comprensión por el paciente y reduciendo al mínimo los términos de naturaleza técnica”.

33 La sentencia del Tribunal civile de Bruxelles (4<sup>e</sup> Chambre) 10 février 2005 (Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, 27, 2006 II, p. 1193-1197) considera defectuoso el antibiótico que en la información dirigida al paciente informaba solo de posibles efectos temporales de sordera cuando de hecho estaban detectados, y así constaba en la información dirigida a los profesionales sanitarios, efectos irreversibles. El enfoque insatisfactorio de este supuesto como responsabilidad por producto defectuoso por falta de información queda patente si se piensa cuál sería la respuesta a la siguiente pregunta: ¿Hubiera dejado el paciente afectado por la bronquitis de tomar el antibiótico –prescrito por el médico– de haber figurado esa información en el prospecto?

34 Vid. Clara Asua González, “Responsabilidad civil médica”, en *Tratado de Responsabilidad civil* II, 5<sup>a</sup> ed., Aranzadi, 2014, pp. 331 y ss.

sujeto a prescripción médica, la labor de información es conjunta entre el médico y el laboratorio, pero que aquél no es responsable si el laboratorio no le advierte de los efectos secundarios y, en este sentido, afirma que:

“El laboratorio es quien comercializa el medicamento y quien infringía sistemáticamente todas las normas respecto a la información suministrada a médicos y pacientes y **si no había ficha técnica destinada a informar a los médicos** de las características del fármaco en los términos del artículo 19.5 de la Ley del medicamento (“información científica esencial sobre la especialidad farmacéutica a que se refiere, y será difundida a los médicos y farmacéuticos en ejercicio...”), **difícilmente podían estos informar a los pacientes** respecto de los efectos adversos o pautas terapéuticas salvo desde un criterio puramente voluntarista o de simple oficio con evidente riesgo para todos ellos, alguno materializado”.

Ahora bien, la información sobre efectos adversos contenida en el prospecto no siempre cumple la misma función ni puede por tanto ser valorada de igual manera a efectos de determinar la responsabilidad civil del laboratorio.

La información proporcionada por el prospecto excluye la responsabilidad del laboratorio si el paciente usa o aplica mal el producto contra lo indicado, es decir, si lo toma cuando no debe, o prescindiendo de las instrucciones (dosificación, contraindicaciones, etc.). Hay daños que pueden ser evitados si se informa adecuadamente. La talidomida tiene efectos beneficiosos para tratar enfermedades graves y en la actualidad se comercializa en España como un “medicamentos de especial control médico o con medidas especiales de seguridad”<sup>35</sup>, de modo que no está autorizado para utilizarlo sin control médico y tampoco en mujeres embarazadas. El consentimiento informado juega aquí para informar a la paciente de que no debe quedarse embarazada si está tomando talidomida y, si lo hace, el daño sobrevenido al niño

por el uso del medicamento no será imputable ni al médico que la recetó ni al laboratorio que la fabricó.

Un uso incorrecto previsible podría en cambio dar lugar a responsabilidad si no se ha advertido del mismo, porque el fabricante debe informar del uso correcto y de los riesgos asociados a usos incorrectos pero que son conocidamente previsible.

Aun cuando el prospecto no mencione efectos adversos no parece razonable reconocer una indemnización en todos los casos, en particular si son insignificantes respecto del beneficio esperable del medicamento: la falta de información no debe conllevar la responsabilidad del laboratorio por los daños menores, salvo que se pruebe que el reclamante no los hubiera aceptado, por mucho que su opinión no sea compartida por el juez o por la mayoría de los ciudadanos. Para evitar ese resultado, el laboratorio debe informar incluso de riesgos “menores”, porque ni el laboratorio puede decidir por el paciente qué es un efecto secundario menor e irrelevante (soy yo quien tiene derecho a estar informada para decidir sobre aspectos que afectan de manera directa a mi forma de ser y ver la vida) ni el juez, en un momento posterior, puede considerar que es intrascendente un efecto conocido del que no se me ha informado.

Es más difícil determinar si la información del prospecto también exonera de responsabilidad cuando se anuncian graves efectos secundarios y, pese a ello, se consume el medicamento, sobre todo cuando no existe tratamiento alternativo a la enfermedad. Superado el test del riesgo-beneficio en la valoración hecha desde el punto de vista del interés general por las administraciones sanitarias la cuestión es si esa aceptación global comporta que las manifestaciones concretas de esos daños graves deban ser soportadas por las víctimas concretas del daño, en especial cuando hayan sido informadas del riesgo.

Los medicamentos no siempre reaccionan de manera igual en todas las personas, tanto por lo que se refiere a la eficacia del tratamiento como a los efectos secundarios indeseables. En particular, basta con leer el prospecto de cualquier medicamento para observar cómo se informan de riesgos frecuentes, poco frecuentes, raros, con indicación de porcentajes sobre número de casos en los que se han comprobado la concreción de esos riesgos durante la fase previa a la comercialización (entre 1 y 10 de cada 100 personas, entre 1 y 100 de cada mil personas, etc.). En ocasiones se añade “excepcionalmente”, “raramente”... A veces el laboratorio desaconseja directamente el con-

<sup>35</sup>Listado de Medicamentos de especial control médico o con medidas especiales de seguridad, en la página de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (<http://www.aemps.gob.es/medicamentosUsoHumano/medNoSustituibles/home.htm>). Algunos de los peligros de compra por internet de medicamentos, limitada legalmente a los medicamentos no sujetos a prescripción médica, se tratan ahora de evitar mediante la introducción de requisitos rigurosos para la dispensación. Vid. Real Decreto 870/2013, de 8 de noviembre, por el que se regula la venta a distancia al público, a través de sitios web, de medicamentos de uso humano no sujetos a prescripción médica (BOE núm. 269, de 9 de noviembre de 2013).

sumo del medicamento a ciertas personas (“no tomar nunca” si se tienen problemas de riñón, si es alérgico a determinado principio, si está embarazada), o aconseja que en ciertos casos (anemia, pacientes con funciones reducidas en algún órgano, etc.) se tome la dosis menor, o bajo control médico. Pero, generalmente, la advertencia de posibles efectos secundarios se mueve en varias franjas variables, sin que el consumidor sepa *a priori* en cuál se encontrará.

Si se admite que el laboratorio no responde de los daños concretados sobre riesgos anunciados, la noticia de riesgos posibles, aunque improbables, equivaldría a una cláusula de exoneración de la responsabilidad, introducida en el prospecto del medicamento, lo que es contrario al régimen legal. De una parte, el art. 130 del TRLGDCU declara la «ineficacia frente al perjudicado» de las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad civil prevista en el Libro tercero del Texto refundido (para la responsabilidad por productos y por servicios), y cuyo alcance debe extenderse a las declaraciones unilaterales del fabricante. Además, el art. 82.4.b) del TRLGDCU considera cláusulas abusivas las que limiten los derechos del consumidor y usuario, y el art. 86.2 del mismo Texto establece que están incluidas entre ellas, en particular, las que prevean «la exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél».

#### 4.2. Del defecto de diseño al defecto de información

Al igual que está sucediendo en la jurisprudencia francesa sobre responsabilidad por daños ocasionados por algunos medicamentos<sup>36</sup>, el tratamiento del

problema como defectos de información<sup>37</sup>, ahorra al tribunal la delicada decisión acerca de si el medicamento es defectuoso, cuando ha sido autorizado por las agencias oficiales por entender que en una valoración global, y mientras no haya alternativa mejor, el medicamento es socialmente útil a pesar de los riesgos que pueda conllevar su consumo de manera puntual y estadísticamente muy reducida.

En el caso del Agreal la valoración de que el producto es defectuoso vendría favorecida además por el hecho de que la autoridad sanitaria, en una revisión de la valoración global de la utilidad del medicamento, haya decidido que la misma es inferior a los riesgos que genera, y por ello el medicamento ha sido retirado del mercado. Ciertamente esa valoración oficial tuvo lugar con posterioridad a los hechos que dan origen a las demandas, y precisamente a la vista de las denuncias de las consumidoras del medicamento, pero es fácil comprender que un tribunal pueda sentirse inclinado más fácilmente a considerar defectuoso un medicamento cuando ha sido retirado del mercado. Pero, en todo caso, el defecto de información imputable al laboratorio apenas cuestiona la actividad oficial de valoración global del medicamento.

Ahora bien, trasladar en la práctica judicial el problema desde la calificación de un medicamento como defectuoso por diseño peligroso, defectuoso, a la calificación como defectuoso por falta de información, no autoriza a prescindir de un análisis posterior de la influencia de esa falta de información en la producción del daño.

En unos supuestos la información habría permitido valorar la continuidad del tratamiento y adoptar en su caso precauciones, por lo que si se informa el

36 En la jurisprudencia de los EE.UU., por el contrario, parece que las demandas basadas exclusivamente en falta de información son más reducidas que las que se basan en un defecto de diseño, si bien no es raro que se invoquen de manera conjunta ambos defectos o que, en la argumentación de que existe un incumplimiento del deber de informar, la determinación del contenido de ese deber aparezca relacionado con la idea de los riesgos conocidos y evitables mediante un diseño más seguro. Vid. Spencer H. Silverglate, “The Restatement (Third) of Torts: Products Liability - the tension between product design and product warnings”, Florida Bar Journal, [http://www.thefreelibrary.com/The+Restatement+\(Third\)+of+Torts%3a+Products+Liability+-+the+tension...-a080900970](http://www.thefreelibrary.com/The+Restatement+(Third)+of+Torts%3a+Products+Liability+-+the+tension...-a080900970); Richard L. Cupp Jr., Preemption’s Rise (and Bit of a Fall) as Products Liability Reform. Wyeth, Riegel, Altria and the Restatement (Third)’s prescription product design defect standard, *Brooklyn Law Review*, 74, 3, 2009, pp. 729, 732, 734.

37 Es significativo el caso resuelto por la Cour d’Appel Rennes 28 novembre 2012 en una demanda interpuesta contra el laboratorio fabricante de un medicamento contra los síntomas de parkinson que provocaron en el paciente graves problemas económicos, familiares y sociales, incluida la comisión de actos delictivos, por la adicción al juego y la hipersexualidad desarrollada por el consumo del medicamento. En el pleito no se plantea ni se discute si el medicamento es intrínsecamente defectuoso, lo que posiblemente hubiera llevado a una difícil respuesta por parte del tribunal. El medicamento no provoca los mismos efectos secundarios en todos los pacientes, para la mayoría de ellos es altamente beneficioso y globalmente puede considerarse la mejor alternativa –según las estadísticas oficiales, para tres cuartas partes de los pacientes– porque otras alternativas están de momento en fase de experimentación y también tienen asociados riesgos graves. Vid. el comentario de Sonia Canselier, “Le traitement de la maladie de Parkinson et la responsabilité du fait des médicaments. Note sous CA Rennes 28 novembre 2012”, *RDSS* 2013, p. 479 ss.

laboratorio ya no debería responder<sup>38</sup>. En otros casos, por el contrario, la advertencia de posibles daños asociados al consumo de un medicamento no implica una asunción del riesgo.

En efecto, salvo en los ensayos<sup>39</sup> y en el uso pasivo de medicamentos en fase de investigación<sup>40</sup>, en los que el consentimiento conlleva asumir riesgos en circunstancias especiales, el consentimiento informado de los pacientes no puede liberar de responsabilidad al laboratorio cuando se trata de riesgos de daños desproporcionados para la dolencia que se padece. En mi opinión, solo si los efectos adversos son leves y transitorios la acción de responsabilidad debería fracasar, porque el beneficio obtenido (la cura o la prevención de la enfermedad) supera las molestias, salvo que se justifique convincentemente que, de haber tenido conocimiento del riesgo –y no siendo un tratamiento obligatorio impuesto por razones de salud pública<sup>41</sup>–, no se hubiera aceptado. Pero cuando el daño individual sobrevenido es desproporcionado la información acerca de la posibilidad de su producción no puede excluir la responsabilidad civil.

Las normas vigentes de responsabilidad civil por los daños concretos sufridos por una víctima no atienden al criterio global de valoración del interés general, sino al de la seguridad que legítimamente cabe esperar (art. 137 TRLGDCU). La producción de

un daño desproporcionado a un paciente particular, aunque se hubiera informado de su posibilidad, supera el nivel de la seguridad que la generalidad de los consumidores puede esperar de forma legítima. Por otra parte, es preferible que el conjunto de los consumidores que se ven beneficiados por un medicamento que, globalmente, supera el balance riesgo-utilidad asuman, mediante la repercusión en el precio, la indemnización de los daños que se produzcan en casos concretos. Otra cosa es que si estos casos no son escasos o son graves deba valorarse si el producto supera el test riesgo-utilidad de forma tal que esté justificada su presencia en el mercado.

### 4.3. Daño indemnizable

La demanda a que se refiere la STS 10-7-2014 había sido formulada con las siguientes pretensiones: a) que se declare que el medicamento denominado comercialmente Agreal es defectuoso; b) que se declaren vulnerados los derechos fundamentales a la libertad, intimidad e integridad física de las actoras, consecuencia de no haber sido informadas de todos y cada uno de los efectos secundarios asociados a su consumo; c) que se condene a la demandada a abonar a cada una de las actoras la cantidad de tres mil euros por la vulneración de los derechos antes indicados y d) que se condene a la demandada a abonar a las demandantes la cantidad reclamada por el consumo de Agreal.

La sentencia de Primera Instancia desestima la demanda: considera que los efectos adversos del fármaco no se hallaban descritos suficientemente en su prospecto, siendo la información en él contenida insuficiente e inadecuada en orden a posibilitar un consentimiento informado completo y suficiente para la ingesta del fármaco, pero considera también que los efectos extrapiramidales del medicamento están suficientemente constatados, no así los psiquiátricos ni el sobre peso, por lo que analizando la reclamación formulada por cada una de las demandantes desestimó la demanda.

La Audiencia Provincial, y la sentencia es confirmada por el Tribunal Supremo, declara que el medicamento cuestionado es defectuoso por deficiente información contenida en el prospecto y como consecuencia de ello se vulneraron los derechos fundamentales a la libertad, en su vertiente de libertad de elección, y a la integridad física y moral de las actoras, por lo que condena a la demandada a que abone a cada una de ellas la suma de tres mil euros

38 Siguiendo con el ejemplo recogido en la nota anterior, en el caso citado del tratamiento contra el parkinson, el medicamento se consideró defectuoso porque entre 2003 y 2006 no advertía de los efectos secundarios indeseables de adicción al juego e hipersexualidad, que provocaron que un paciente realizara actos incluso delictivos. Sonia Canselier, en su comentario a la decisión judicial concluye que, para el futuro, una vez advertidos de los efectos secundarios, los consumidores del medicamento no podrían dirigir una reclamación contra el laboratorio. Este es un caso en el que, en mi opinión, la información, bien manejada por el paciente y su médico, permitiría un control preventivo y una precaución ante la aparición de los primeros síntomas, que podría llevar a reducir las dosis o a suprimir el consumo del medicamento.

39 Para los que hace falta consentimiento informado de los riesgos que se asumen así como una cobertura de los posibles daños mediante un seguro u otra garantía financiera: arts. 60 y 61 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE núm. 178, de 27 de julio).

40 Se permite la utilización de medicamentos no autorizados cuando resulte imprescindible para el tratamiento de patologías concretas por no existir alternativa adecuada autorizada. V. art. 8 Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales (BOE núm. 174, de 20 de julio de 2009).

41 Art. 9.2.a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002).



por daño moral y, asimismo, a que pague a trece de las demandantes las cantidades que considera que han quedado justificadas en base a la relación causal por los daños ocasionados por el consumo de referido medicamento.

En el caso de la STS 10-7-2014 solo se considera acreditada la producción de daños corporales en trece de las demandantes, pero se indemniza el daño moral en todas, fijando la cantidad por ese concepto en tres mil euros. Afirma el Tribunal Supremo que:

“El daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados y en el caso la indemnización del daño moral a las demandantes es consecuencia de la valoración de la prueba, de la que la sentencia deduce este impacto o sufrimiento psíquico que resulta de *la incertidumbre derivada del consumo del medicamento en numerosas personas, a la espera de los resultados concretos, y no está necesariamente vinculado al daño físico...*”

No es fácil saber qué se está indemnizando, la verdad, ni con qué fundamento. De lo que resulta de la información que proporciona la propia sentencia del Tribunal Supremo, la demanda y la sentencia de la Audiencia se refieren a la vulneración de la libertad de elección de las mujeres que consumieron el medicamento. El Tribunal Supremo, en cambio, en el último párrafo que se acaba de transcribir se refiere a la “incertidumbre” a “la espera de los resultados”, lo que solo tiene sentido si se relaciona con la sospecha de que lo que se está tomando es dañino, no propiamente con la falta de información. La afirmación del Tribunal Supremo, además, es coherente con la exposición que contiene la propia sentencia de que, finalmente, el medicamento no superó la valoración del test riesgo-utilidad. Difícilmente se podría mantener esa afirmación si el medicamento no hubiera sido finalmente retirado del mercado.

Por lo que se refiere al fundamento jurídico de la condena a indemnizar el daño moral, la demanda denunciaba la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad, la intimidad y la integridad física. En el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el laboratorio se invocaba la regulación contenida en La Ley 22/1994 sobre daño moral, que remite su indemnización a las reglas generales de responsabilidad. El Supremo, tras declarar que sería

una cuestión ajena al recurso no quiere dejar de decir, aunque lo haga de manera confusa, que tales daños son indemnizables por aplicación del art. 1902 CC, que también se invocó en la demanda y que resultaría aplicable si se tiene en cuenta que se considera no solo que el producto es defectuoso sino que hubo negligencia en el laboratorio al no informar de los posibles efectos secundarios<sup>42</sup>.

Aparecen así, de una parte, los daños y los efectos que se imputan a la falta de información y los daños derivados de la concreción de los efectos secundarios no informados. Propiamente, de la falta de información deriva, en primer lugar, la vulneración del derecho a decidir. En ocasiones, ello implicará una pérdida de oportunidad de optar por un tratamiento alternativo pero, en otras, solo la privación del derecho a decidir, pues si finalmente, a pesar de que no se informa de los riesgos secundarios estos no se producen y el paciente hace en su caso real la genérica afirmación de la superioridad de los beneficios del medicamento, como mucho, en caso de que reclamara una indemnización por falta de información, habría que descontar de los resultados positivos obtenidos el valor incierto que se atribuyera a la vulneración de su derecho a decidir.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ASUA GONZÁLEZ, Clara, “Responsabilidad civil médica”, en *Tratado de Responsabilidad civil II*, 5ª ed., Aranzadi, 2014.
- AUSNESS, Richard C., “*Product Liability’s Parallel Universe: Fault-Based Liability Theories and Modern Products Liability Law*”, 74 Brook. L. Rev. (2009).

<sup>42</sup>Puede leerse en la STS 10-7-2014: “En cualquier caso, ya se dijo en la sentencia de 18 de junio de 2013, que el ámbito de protección -artículo 10- comprende los supuestos de muerte y las lesiones corporales, así como los daños materiales causados en las cosas con la franquicia para este último caso de 65.000 pesetas. Los demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales, podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil general, señalando en el artículo 15 que las acciones reconocidas en esta Ley no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual del fabricante, importador o de cualquier otra persona. Es decir, el artículo 10 (en la actualidad los artículos 128 -que mantiene la referencia a los daños morales- y 129 -en el que han desaparecido- del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007), integra los daños morales como objeto de una posible reclamación. Por lo demás, el daño moral que se indemniza se fundamenta en la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil y no en la responsabilidad objetiva reservada a otra suerte de daños”.

- BERRY, Elsa, “Responsabilité du fait des produits de santé”, Rapport français, Travaux issus des séminaires “Droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile” organisés par le GRERCA, La responsabilité médicale, Université de Louvain la Neuve (Belgique), 13 et 14 septembre 2013, accessible en: [http://grerca.univrennes1.fr/digitalAssets/310/310408\\_Berry\\_E\\_Resp\\_fait\\_produits\\_sante\\_\\_Rptfr\\_.pdf](http://grerca.univrennes1.fr/digitalAssets/310/310408_Berry_E_Resp_fait_produits_sante__Rptfr_.pdf)
- BOGRAD, Louis M., “Taking on big pharma - and the FDA”, *Trial*, Mar 1, 2007, <http://www.thefreelibrary.com/Taking+on+big+pharma+-+and+the+FDA%3a+the+fight+against+federal...-a0161024354>
- BORGHETTI, Jean-Sébastien, “Contentieux de la vaccination contre l’hépatite B: le retour en force de la condition de participation du produit à la survenance du dommage,” *Recueil Dalloz* 2013.
- BORGHETTI, Jean-Sébastien, “Qu’est-ce qu’un vaccin défectueux?”, *Recueil Dalloz* 2012.
- CANSÉLIER, Sonia, “Le traitement de la maladie de Parkinson et la responsabilité du fait des médicaments. Note sous CA Rennes 28 novembre 2012”, *RDSS* 2013.
- CUPP, Richard L., “Preemption’s Rise (and Bit of a Fall) as Products Liability Reform. Wyeth, Riegel, Altria and the Restatement (Third)’s prescription product design defect standard”, *Brooklyn Law Review*, 74, 3, 2009.
- DELFORGE, Catherine, “La responsabilité civile du fait des produits de santé”, Rapport belge, Travaux issus des séminaires “Droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile” organisés par le GRERCA, *La responsabilité médicale*, Université de Louvain la Neuve (Belgique), 13 et 14 septembre 2013, accessible en: [http://grerca.univrennes1.fr/digitalAssets/310/310418\\_Delforge\\_C\\_\\_RCproduits\\_sante\\_\\_Belgique.pdf](http://grerca.univrennes1.fr/digitalAssets/310/310418_Delforge_C__RCproduits_sante__Belgique.pdf)
- GOUT, Olivier, “Regard particulier sur la responsabilité du fait des produits de santé”, *RDSS* 2010.
- GRYNBAUM, Luc, “La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d’incertitude de la médecine?”, *Recueil Dalloz* 2008.
- JOURDAIN, Patrice, “Vaccination contre l’hépatite B: le défaut présumé à partir des présomptions de causalité”, *RTDCiv.* 2013.
- LAUDE, Anne, MATHIEU, Bertrand, TABUTEAU, Didier, *Droit de la santé*, 3<sup>e</sup> éd., Thémis droit, puf, Paris, 2007.
- LE TOURNEAU, Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d’indemnisation*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz 2014-2015.
- HOCQUET-BERG, S. (dir.), «Les responsabilités du fait des médicaments dangereux, Perspectives nationales et transfrontalières», *Rev. Gén. de Droit Médical*, n<sup>o</sup> spécial 2012.
- MIGNOLET, Olivier, *Traité de droit pharmaceutique: la commercialisation des médicaments à usage humain*, Waterloo, Kluwer, 2011.
- NOAH, Lars, “*This Is Your Products Liability Restatement on Drugs*”, 74 *Brook. L. Rev.* (2009), disponible también en <http://ssrn.com/abstract=1316387>
- PARRA LUCÁN, M. Ángeles, “La responsabilidad civil por medicamentos y productos sanitarios a la luz del caso de la talidomida”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 8, 2013.
- RADÉ, Christophe, “Vaccination anti-hépatite B et sclérose en plaques: une avancée décisive pour les victimes?”, *Recueil Dalloz* 2012.
- RAITER, Shawn M., “Restatement (Third) of Torts and the Proof of a Reasonable Alternative Design”, accessible en [http://www.larsonking.com/#products\\_liability/publication.cfm](http://www.larsonking.com/#products_liability/publication.cfm)
- SHIFTON, Mark D., “The Restatement (Third) of Torts: Products Liability: the ALI’s cure for prescription drug design liability”, *Fordham Urban Law Journal* Aug 1 2002, [http://www.thefreelibrary.com/The+Restatement+\(Third\)+of+Torts%3a+Products+Liability%3a+the+ALI's+cure...-a094447685](http://www.thefreelibrary.com/The+Restatement+(Third)+of+Torts%3a+Products+Liability%3a+the+ALI's+cure...-a094447685)

- SILVERGLATE, Spencer H., “The Restatement (Third) of Torts: Products Liability - the tension between product design and product warnings”, Florida Bar Journal Dec 1, 2001, [http://www.thefreelibrary.com/The+Restatement+\(Third\)+of+Torts%3a+Products+Liability+-+the+tension...-a080900970](http://www.thefreelibrary.com/The+Restatement+(Third)+of+Torts%3a+Products+Liability+-+the+tension...-a080900970)
- SOLÉ I FELIU, Josep, “Responsabilidad civil del fabricante por los daños causados por el medicamento Agreal”, Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, 91, 2013.
- WINCHESTER, Jeffrey D., “Section 8(c) of the Proposed Restatement (Third) of Torts: Is It Really What the Doctor Ordered”, 82 Cornell L. Rev. 644 (1997), incorporated 05/08/2014 <http://scholarship.law.cornell.edu/clr>, accesible en <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol82/iss3/5>



# EPIDEMIA DE LA OBESIDAD Y SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA SANITARIO: LAS RESPUESTAS DEL DERECHO

*“Aquellos que piensan que no tienen tiempo para practicar ejercicio físico  
tendrán tarde o temprano que buscar tiempo para la enfermedad”*

Edward Stanley, Harvard University

*“Cierto que, mientras la especie humana perdure, habrá gordos y flacos. Lo deseable es que cada  
vez sea mayor el número de los que no lo son del todo, para su propio bien y el de los demás”*

Gregorio Marañón

***Federico de Montalvo Jääskeläinen***

*Profesor propio adjunto de Derecho constitucional*

*Universidad Pontificia Comillas (ICADE)*

*Vicepresidente del Comité de Bioética de España*

*Miembro el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO*

**SUMARIO: 1. Crisis económica y sostenibilidad del sistema sanitario: la escasa presencia de la salud pública en el debate. 2. Salud pública y obesidad: la epidemia del siglo XXI 3. ¿Un nuevo Derecho de la salud pública frente a la obesidad? 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.**

## RESUMEN

El exceso de peso y la obesidad han sido calificados como la epidemia del siglo XXI tanto a nivel europeo como mundial, siendo responsables no sólo de un importante número de enfermedades y de un mayor índice de muerte prematura, sino también de un gran gasto que puede poner en peligro la futura sostenibilidad del sistema sanitario. Frente a dicha epidemia se han desarrollado diversas medidas legales, destacando, por lo que a nuestro entorno se refiere, las medidas basadas en la educación e información a los consumidores. Sin embargo, algunos estudios sugieren, a la vista de la poca eficacia de éstas, implementar otras medidas más coercitivas que promuevan el desarrollo por los ciudadanos de unos hábitos de vida más saludables.

## ABSTRACT

Over weight and obesity have been described as the epidemic of the century both European and global level, being responsible not only for a number of diseases and higher rates of premature death, but also a large expense that can endanger the future sustainability of the health system. Facing the epidemic there have been developed different legal measures, highlighting, in the case of our legal system, some of them based on education and information to consumers. However, some studies suggest, in view of the ineffectiveness of these, implement other more coercive measures to promote the development by the citizens of a healthier lifestyle.

**PALABRAS CLAVE**

Salud pública, hábitos saludables, autonomía de voluntad, consentimiento informado, alimentación, obesidad.

**KEY WORDS**

Public Health, healthy habits, autonomy, informed consent, nutrition, obesity.

### 1. CRISIS ECONÓMICA Y SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA SANITARIO: LA ESCASA PRESENCIA DE LA SALUD PÚBLICA EN EL DEBATE

La crisis económica ha dado mayor relevancia a un debate que surge ya hace unas pocas décadas, la sostenibilidad de nuestro sistema sanitario<sup>1</sup>, y que se interrelaciona con el debate general acerca de la propia sostenibilidad del Estado social en los términos que se ha desarrollado en la segunda mitad del siglo XX. A dicho debate se incorporan múltiples elementos, no sólo político-económicos, entre las que cobra importancia el poder que asumen los agentes financieros privados en detrimento de los Estados al verse éstos obligados a sostener el sistema de prestaciones sociales sobre la base de la emisión de deuda pública, sino también ideológicos,

1 El debate como decimos no es nuevo aunque el contexto actual de la crisis económica lo hay acrecentado. En el ámbito del Derecho público, por ejemplo, el debate es ya antiguo y se desarrolla al amparo de la expresión de *Huida del Derecho público*. Y el debate sobre esta *Huida* que no viene a ser otra cosa que modificar las formas de gestión pública mediante la incorporación de instrumentos propios de la gestión privada comenzó hace ya algunas décadas. Así conviene recordar que una de las primeras normas que aborda desde la perspectiva jurídica y de una manera central el debate es la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) aprobada por el Parlamento en 1997, es decir, hace más de quince años, en pleno inicio del periodo de expansión de nuestra economía. Esta importante Ley recoge una regulación jurídica bastante detallada de la incorporación de fórmulas e instrumentos privados a la gestión de los servicios públicos a través, principalmente, de las figuras de los Organismos Autónomos y las Entidades Públicas Empresariales. Tampoco conviene olvidar fuera de lo que es la aprobación de normas que el primer informe que en nuestro país apuesta decididamente por modificar la estructura de gestión del sistema sanitario público tiene ya más de veinte años. Este es el conocido Informe Abril, elaborado en 1991 por una comisión parlamentaria del Congreso de los Diputados presidida por el exministro Abril-Martorell. Dicho informe consideraba que las formas administrativas que se empleaban para la gestión de la sanidad pública eran inadecuadas, debiendo acudir a las modernas técnicas de gestión empresarial. A este informe, además, hay que añadir un segundo informe de diciembre de 1997, aprobado en el seno de la Subcomisión Parlamentaria para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud que se creo también en el Congreso de los Diputados.

marcadas por el pensamiento neoliberal que parece recobrar la máxima, en virtud de la cual, la generación de riqueza pasa ineludiblemente por una mejora en el trato fiscal a las clases más pudientes y el recorte de las ayudas a las clases más desfavorecidas.

Sin embargo, resulta harto curioso que en el específico debate sobre la sostenibilidad del sistema sanitario no aparezca, salvo de manera esporádica o tangencial, la salud pública. Parece que el futuro del sistema pasara meramente por reformar los aspectos estrictamente asistenciales del modelo (reformas de gestión, flexibilización de los recursos humanos, incorporación de nuevas tecnologías, etc), sin avanzar en las políticas de salud pública, cuando el contexto actual parece informar de lo contrario. Ya en 1974 el Informe *Lalonde* elaborado en Canadá estableció los cuatro determinantes de la salud: la biología, el entorno, los estilos de vida y el sistema sanitario. Este último determinante es, según concluye dicho informe, el que menos incidencia tiene en la salud, un diez u once por ciento, porcentaje muy bajo en comparación con el que representan los estilos de vida, un cuarenta y tres por ciento<sup>2</sup>. La sanidad actual —como organización y recursos públicos y privados— afecta sólo a una parte pequeña del nivel de salud de la población. La parte más importante depende de la conducta de esas personas, sus condiciones de vida, y del medio-ambiente físico que les rodea<sup>3</sup>. CALLAHAN señala que nada es más evidente en las estadísticas de salud pública que el papel que juegan los hábitos de vida de los individuos<sup>4</sup>.

Pese a lo que reflejan estos datos y a que el contexto ha cambiado significativamente, se sigue discutiendo en los términos en los que se hacía varias décadas atrás. Un ejemplo paradigmático del cambio es el incremento notable de la esperanza de vida y la aparición de la enfermedad crónica como uno de los principales elementos críticos del sistema sanitario. El modelo asistencial se ha desarrollado en torno a las enfermedades graves, sin que la enfermedad crónica haya tenido un gran protagonismo más allá del ámbito de los medicamentos. Ciertamente existen reformas ya antiguas que nos han permitido luchar

2 Vid. LALONDE, M., *A new perspective on the health of Canadians*, Government of Canada, Ottawa, 1974.

3 DE MIGUEL, J.M., “La enfermedad no es una metáfora”, en MILLAN NÚÑEZ-CORTÉS, J. y DEL LLANO SEÑARÍS, J. (Dir.), *Ser Médico. Los valores de una profesión*, Unión Editorial, Madrid, 2012, p. 130.

4 CALLAHAN, D., “Preventing disease, creating society”, *American Journal of Preventive Medicine*, vol. 2, núm. 4, año 1986, pp. 205 a 208.

con medios más adecuados frente a la enfermedad crónica como es el desarrollo en los años ochenta y, principalmente, noventa de nuestra actual estructura asistencial de Atención Primaria frente a la tradicional estructura predominantemente hospitalaria que se promovió en los años sesenta y setenta<sup>5</sup>.

Ciertamente, existen múltiples caminos a través de los que se puede, conjuntamente, procurar la sostenibilidad del sistema. Uno sería, en especial, el desarrollo de las políticas de salud pública y prevención. Recuérdese que, según datos oficiales, tan sólo se dedica a la salud pública poco más de un uno por ciento del total del presupuesto sanitario, cuando voces expertas vienen insistiendo en que la lucha contra la enfermedad no debe abordarse tan sólo desde el ámbito de la medicina asistencial, es decir, una vez que aquélla ya ha aparecido, sino desde el ámbito de la salud pública y medicina preventiva, es decir, antes de que aparezca. A este respecto, ha de jugar un papel principal la educación en salud pública. Muchas de las enfermedades que consumen gran número de recursos (véanse, la diabetes, el cáncer o las enfermedades cardiovasculares) pueden precisamente evitarse en el medio y largo plazo a través de la educación sanitaria o, incluso, mediante la implantación de otras medidas más coercitivas o prohibitivas. No debe olvidarse que los hábitos de vida y, entre éstos, la alimentación<sup>6</sup>, constituyen una de las causas principales de la enfermedad o, como se ha señalado, el principal factor que contribuye a la carga mundial de la enfermedad<sup>7</sup>.

5 Uno de los datos principales que apunta el interesante Informe emitido a principios de 2013 por la National Research Council and Institute of Medicine y The National Academies de Estados Unidos de América bajo el título *U.S. Health in International Perspective: Shorter Lives, Poorer Health*, como causa por la que los países europeos más ricos presentan mejores datos de salud y de esperanza de vida que los Estados Unidos de América es, precisamente, el desarrollo de una estructura de Atención Primaria en aquéllos, lo que ha permitido atender mejor la enfermedad crónica. Vid. WOOLF, S.H. y ARON, L. (Eds.), *U.S. Health in International Perspective: Shorter Lives, Poorer Health*, The National Academies Press, Washington, DC, 2013, p. 4. A la misma conclusión llegan otros autores, pudiendo verse, a este respecto, STARFIELD, B, SHI, L. y MACINKO, J., "Contribution of primary care to Health Systems and health", *The Milbank Quarterly*, vol. 83, núm. 3, año 2005, pp. 457 a 502.

6 La obesidad incide en el gasto sanitario desde una doble perspectiva, tanto por el coste que para el sistema suponen los tratamientos específicos sobre la misma como por el mayor coste que conlleva un tratamiento cuando se aplica a un paciente obeso.

7 DE WALQUE, D. (Ed.), *Risking your health. Causes, consequences, and intervention stop reventrisky behaviors*, The World Bank, Washington DC, 2014, p. 25. El planteamiento no es, en todo caso, nuevo ya que el mismo ya existía en la Grecia y Roma clásicas. Vid. MINKLER, M., "Personal

En otros sistemas sanitarios en reforma o en construcción, como el modelo norteamericano, la salud pública y la prevención de las enfermedades constituyen una de las claves del sistema<sup>8</sup>. Así, en la conocida *Patient Protection and Affordable Care Act* se establece que las compañías aseguradoras habrán de prestar coberturas de salud pública y medicina preventiva sin coste adicional para los asegurados, promoviéndose también el desarrollo de políticas de incentivos para aquellos asegurados que participen en programas de bienestar. Junto a estas dos medidas, se recoge una tercera consistente en la promoción de proyectos de investigación sobre salud pública<sup>9</sup>. Entre los programas de incentivos se incluyen medidas tales como el pago total o parcial de la inscripción a gimnasios o a programas para dejar el hábito de fumar, o gratificaciones por participar en programas de diagnóstico preventivo de enfermedades<sup>10</sup>.

responsability for health: contexts and controversies", en CALLAHAN, D. (Edit.), *Promoting healthy behavior. How much freedom? Whose responsibility?*, Georgetown University Press, Washington DC, 2000, p. 3.

8 Uno de los principales problemas legales que las políticas salud pública han encontrado en los Estados Unidos de América, sobre todo, aquellas que inciden sobre la información o publicidad de los alimentos es en qué medida tales decisiones públicas limitan constitucionalmente la libertad de expresión comercial (*commercial speech*), la cual forma parte de la libertad de expresión reconocida en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana. De este modo cualquier medida pública que afecte a la libertad de información o publicidad comercial deberá superar un difícil test de constitucionalidad. Sin embargo, habitualmente los Tribunales se han mostrado muy flexibles en el ámbito de la salud pública, a diferencia de las decisiones adoptadas fuera de dicho ámbito. Así, por ejemplo, la decisión de la ciudad de Nueva York de exigir a los restaurantes incluir en los menús información sobre las calorías de los platos, fue considerada constitucional por los Tribunales en la medida que existía suficiente evidencia acerca del grave problema que para la salud pública representaba la obesidad ("*serious and increasing cause of disease*") y porque se apreciaba claramente un vínculo directo entre obesidad y consumo de comida en los restaurantes ("*the link between obesity with restaurant food consumption, and the importance of calorie information together were sufficient to establish the rationality of the measure*"). En nuestro sistema constitucional, dicho problema no se plantea en los mismos términos, ya que el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 87/1987 consideró que la libertad de expresión no comprende la libertad de expresión comercial, aunque también es cierto que nuestra doctrina jurisprudencial parece avanzar hacia una posición no muy lejana aunque no idéntica a la norteamericana. El punto de inflexión en este cambio fue la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 1994, recaída en el caso Casado Coca v. Reino de España, al afirmar que el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos garantiza la libertad de expresión sin distinguir entre el carácter comercial o no del fin perseguido.

9 Vid. 42 U.S.C. §§ 1396a, 300gg-4.

10 "SEC. 2717 [42 U.S.C. 300gg-17]. ENSURING THE QUALITY OF CARE. ... wellness and health promotion activities may include personalized wellness and prevention services, which are coordinated, maintained or delivered by a

Desde una perspectiva general, todas estas políticas de salud pública que vienen promoviéndose en los últimos años y que pretenden incidir sobre los hábitos de vida y alimentación de los ciudadanos se vienen centrando fundamentalmente en dos grupos sociales. Por un lado, en los menores y adolescentes, no sólo porque se trate de la mejor manera de luchar contra las enfermedades a largo plazo, comenzando en las primeras etapas de la vida de los ciudadanos, sino además porque los estudios revelan un incremento muy destacado de la obesidad en tal grupo.

Por otro lado, se están desarrollando también políticas referidas a la tercera edad, con la promoción del principio de vejez saludable (*healthy ageing*). El problema principal del incremento del coste sanitario no radica en la mayor esperanza de vida de nuestra población, sino en que dicha esperanza de vida no se traduzca en una vejez saludable. El problema no es que haya más ancianos, sino que los ancianos no

---

*health care provider, a wellness and prevention plan manager, or a health, wellness or prevention services organization that conducts health risk assessments or offers ongoing face-to-face, telephonic or web-based intervention efforts for each of the program's participants, and which may include the following wellness and prevention efforts:*

- a) Smoking cessation.
- b) Weight management.
- c) Stress management.
- d) Physical fitness.
- e) Nutrition.
- f) Heart disease prevention.
- g) Healthy life style support.
- h) Diabetes prevention.”

“SEC. 2705 ø[2 U.S.C. 300gg-4]. PROHIBITING DISCRIMINATION AGAINST INDIVIDUAL PARTICIPANTS AND BENEFICIARIES BASED ON HEALTH STATUS ... (2) WELLNESS PROGRAMS NOT SUBJECT TO REQUIREMENTS.—

*If none of the conditions for obtaining a premium discount or rebate or other reward under a wellness program as described in paragraph (1)(B) are based on an individual satisfying a standard that is related to a health status factor (or if such a wellness program does not provide such a reward), the wellness program shall not violate this section if participation in the program is made available to all similarly situated individuals. The following programs shall not have to comply with the requirements of paragraph (3) if participation in the program is made available to all similarly situated individuals:*

“(A) A program that reimburses all or part of the cost for memberships in a fitness center.

“(B) A diagnostic testing program that provides a reward for participation and does not base any part of the reward on outcomes.

“(C) A program that encourages preventive care related to a health condition through the waiver of the copayment or deductible requirement under group health plan for the costs of certain items or services related to a health condition (such as prenatal care or well-baby visits).

“(D) A program that reimburses individuals for the costs of smoking cessation programs without regard to whether the individual quits smoking.

“(E) A program that provides a reward to individuals for attending a periodic health education seminar.”

tengan, desde el punto de vista de la salud, una calidad de vida aceptable. A este respecto, por la propia Comisión de la Unión Europea se han propuesto diferentes iniciativas que sería interesante seguir implantado en nuestro país, ya que se ha calculado que la discapacidad en las personas mayores representa alrededor del 50% de los costos de atención de salud en los países de la UE<sup>11</sup>.

En todo caso, la implementación de políticas de salud pública parece ya ineludible en un panorama como el actual en el que el crecimiento del gasto sanitario en la mayoría de las economías occidentales exige adoptar diversas medidas que lo contrarresten y que, en definitiva, lo hagan sostenible. El importe de actividad que supone la gestión y prestación de servicios sanitarios en la Unión Europea alcanza una media superior ya al nueve (9.6%) por ciento del Producto Interior Bruto (PIB)<sup>12</sup>. Dicho importe viene incrementándose año a año, de manera que las perspectivas futuras nos sugieren una media bastante superior. Así, el gasto global de sanidad aumentó desde aproximadamente el 5 % del PIB en 1970 hasta más del 8 % en 1998, produciéndose el incremento más importante antes de 1990. El gasto público de sanidad ha seguido la misma tendencia: crecimiento más rápido que el del PIB desde 1970 hasta 1990 (su porcentaje en el PIB se incrementó del 3,9 % al 6% aproximadamente), y evolución más moderada desde 1990, en particular debido a los esfuerzos realizados por todos los países para controlar los gastos<sup>13</sup>. Además, los datos relativos a los últimos diez años sugieren que se está produciendo una ralentización de la ratio “gastos sanitarios/PIB”<sup>14</sup>.

En España, el gasto sanitario supone un 9,3 por ciento del PIB<sup>15</sup>, aunque dada las perspectivas ya no

---

11 Vid. The evidence of health promotion effectiveness. A Report for the European Commission by the International Union for Health Promotion and Education. Shaping public health in a new Europe, Bruselas, 1999, p. 9.

12 European Commission, *Joint Report on Health Systems*, Occasional Papers 74, December 2010, p. 13.

13 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 5 de diciembre de 2001, sobre el futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera, p.4.

14 Sin embargo, no parece que quepa atribuir dicha ralentización a la crisis económica, ya que no se ha observado una disminución significativa del gasto sanitario ni siquiera cuando se aminora el crecimiento económico. Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 16 de julio de 2003, sobre “La asistencia sanitaria”, p. 3.

15 Fuente: OECD. Puede accederse a dicho



muy lejanas acerca del envejecimiento de la población, puede perfectamente aventurarse que nos enfrentaremos a un crecimiento importante.

Además, la importancia de esta partida presupuestaria sigue siendo significativa y aumenta de forma regular<sup>16</sup>. Así, se ha afirmado que “*increasing effectiveness and efficiency of health care and long-term care and getting more money out of the resources allocated to the sector are likely to become one of the most important challenges in the coming years*”<sup>17</sup>.

Por tanto, resulta patente que entre las políticas públicas que pudieran promover un sistema sanitario sostenible parece que han de ocupar un papel protagonista todas aquellas que pretendan proteger la salud de las personas, no desde la tradicional perspectiva de la asistencia sanitaria (acción curativa y asistencial), sino de la perspectiva de la prevención de las enfermedades.

En el conocido Informe Wanless (*Securing our future health: Taking a long-term view*) publicado en el Reino Unido en 2002 acerca del futuro del sistema sanitario británico se señala que si los ciudadanos se comportaran saludablemente, la demanda de servicios sanitarios sería muy inferior, calculándose un ahorro de treinta billones de libras para el 2022-23, lo que representaba un cuarenta por ciento del presupuesto del Servicio Nacional de Salud de 2002. Según concluye dicho Informe, “*a substantially larger positive impact on health needs from the focus on health promotion and disease prevention than assumed in the fully engaged scenario*”, de manera que “*Pro-active policies which promote reductions in key risk factors and improved health information will help people to engage with their own health and make informed judgments about how to reduce their risk of ill health. Achieving the very best health outcomes will require people not only to take up the right to high quality health care, but also to take responsibility for their own health status*”<sup>18</sup>.

---

dato a través del enlace, [http://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=HEALTH\\_STAT](http://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=HEALTH_STAT). Último acceso el 25 de agosto de 2014.

<sup>16</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 16 de julio de 2003, sobre “La asistencia sanitaria”, p. 3.

<sup>17</sup> European Commission, *Joint Report on Health Systems*, Occasional Papers 74, December 2010, p. 13.

<sup>18</sup> WANLESS, D., *Securing our future health: Taking a long-term view*, HM Treasury, abril, 2002, pp. 117 y 119. Puede accederse a dicho Informe a través de la página web, [http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130129110402/http://www.hm-treasury.gov.uk/consult\\_wanless04\\_final.htm](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130129110402/http://www.hm-treasury.gov.uk/consult_wanless04_final.htm) Último acceso el 14 de agosto de 2014.

La propia Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública es consciente de este nuevo panorama. En la Exposición de Motivos se manifiesta que si bien “*Los servicios sanitarios resultan imprescindibles para dar respuesta a los problemas de salud de la colectividad, pues consiguen atenuar los perjuicios de las enfermedades y permiten que se pueda recobrar la salud perdida y mejorar la calidad de vida de las personas enfermas ... no es el dispositivo asistencial el principal condicionante de nuestro nivel de salud*”, ya que “*la salud se gana y se pierde en otros terrenos: antes del nacimiento pueden producirse exposiciones a distintos factores que de forma indeleble determinen la salud futura, y desde el nacimiento hasta la muerte se van acumulando experiencias vitales positivas o negativas que perfilan la salud. El entorno familiar, la educación, los bienes materiales, las desigualdades sociales y económicas, el acceso al trabajo y su calidad, el diseño y los servicios de las ciudades y barrios, la calidad del aire que se respira, del agua que se bebe, de los alimentos que se comen, los animales con los que convivimos, el ejercicio físico que se realiza, el entorno social y medioambiental de las personas, todo ello determina la salud*”.

La Exposición añade, finalmente, que “*El derecho a la protección de la salud reconocido en la Constitución se interpretó usualmente como derecho a recibir cuidados sanitarios frente a la enfermedad. Por ello, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, uno de los hitos fundamentales en nuestro esfuerzo organizado por hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, estableció como uno de los principios generales en su art. 3 que el sistema sanitario se orientase prioritariamente hacia la prevención y la promoción de la salud. La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, dispuso las bases para una prestación asistencial de calidad por los servicios sanitarios. Este imprescindible desarrollo legislativo se orientó fundamentalmente a la importante tarea de ordenar y coordinar las actividades de la asistencia sanitaria, sin embargo, los esfuerzos que el conjunto de la sociedad debe hacer para asegurar un buen estado de salud mediante la prevención de la enfermedad y la promoción de la salud no se han desarrollado de igual manera*”.

Sin embargo, la Ley, tras reconocer que el contexto ha cambiado y que se abre ahora el nuevo reto del desarrollo efectivo de políticas de salud pública,

otorga, paradójicamente, un papel estelar a la autonomía de voluntad como principio basilar en el que va a asentarse este nuevo modelo, cuando dicha autonomía puede ser uno de los principales frenos a tal desarrollo. Si el modelo se asienta en la libertad de decisión de los individuos, ¿cómo pueden promoverse medidas más allá de las meramente educativas e informativas, más aún, cuando los modelos comparados parecen mostrar que éstas son insuficientes?

Tal valor preeminente de la autonomía de voluntad de los individuos aparece bien pronto en la Ley General de Salud Pública. Así, su artículo 5.2 proclama el principio de voluntariedad en la participación de los individuos en las políticas de salud pública: “2. Sin perjuicio del deber de colaboración, la participación en las actuaciones de salud pública será voluntaria, salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública”.

Cierto es que dicha autonomía en la que se fundamenta el modelo no significa, sin embargo, que sobre los ciudadanos no recaiga deber alguno de colaboración. Así, la Ley, tras proclamar dicho principio de autonomía, establece como encabezamiento de los deberes que “Los ciudadanos facilitarán el desarrollo de las actuaciones de salud pública y se abstendrán de realizar conductas que dificulten, impidan o falseen su ejecución” (art. 8), que se completa en el artículo siguiente con el deber de comunicación (o denuncia): “Las personas que conozcan hechos, datos o circunstancias que pudieran constituir un riesgo o peligro grave para la salud de la población los pondrán en conocimiento de las autoridades sanitarias, que velarán por la protección debida a los datos de carácter personal” (art. 9).

Pero, en todo caso, el principio de autonomía vertebró el modelo. Ejemplo de ello es que la Ley recoge al final una norma que parece completar el régimen establecido en la Ley Orgánica de medidas especiales en materia de salud pública, que recordemos que fue aprobada hace ya más de veinticinco años. El artículo que la Ley General de Salud Pública dedica en concreto a las medidas especiales y cautelares no hace mención alguna a medidas que puedan afectar a la integridad y libertad de las personas. Se trata de medidas tales como la inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias, el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias o la suspensión del ejercicio de actividades.

Nada se dice, por el contrario, acerca de determinadas medidas que pueden incidir o afectar a la integridad física o a la libertad personal, las cuales no han de resultar extrañas en un sistema de salud pública. Frente a ello podrá posiblemente argumentarse que la Ley carece de naturaleza orgánica de manera que cualquier medida que pretendiera regularse que tuviera una incidencia directa sobre los derechos y libertades consagrados en los artículos 15 y 17 de la Constitución estaría viciada de inconstitucionalidad<sup>19</sup>. Sin embargo, ello podría haberse perfectamente salvado en el trámite parlamentario si la Ley se hubiera aprobado con carácter mixto, como ocurre con muchas de las normas que se ha aprobado en nuestro Parlamento. Ello hubiera permitido actualizar el tenor de la ya vieja Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública e incorporar a la misma la doctrina más reciente tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Téngase, en cuenta, además que una efectiva política de salud pública exigirá en determinadas ocasiones adoptar medidas individualizadas de tratamiento médico coercitivo o ingreso involuntario. Ciertamente, habrá de tratarse de supuestos excepcionales pero no por ello ajenos a la salud pública, siendo un ejemplo paradigmático de ello el campo de la vacunación, al que sí se refiere mínimamente la Ley y que actualmente constituye uno de los principales instrumentos con los que cuenta la salud pública para la prevención de enfermedades que hasta hace pocos años eran capaces de destruir comunidades enteras.

Tal apuesta del legislador por la autonomía como principio nuclear constituye un contrasentido en la medida que, como tal, la salud pública habría de funcionar en el difícil equilibrio entre intereses individuales e intereses colectivos como un límite a aquéllos. GOSTIN nos ofrece una interesante definición del Derecho a la salud pública que permite apreciar dicha dimensión colectiva: “El Derecho a la salud pública es el estudio de los poderes y deberes legales del Estado en colaboración con otros agentes (véanse, la industria, los profesionales sanitarios, los medios de comunicación, la academia o la propia

<sup>19</sup>Puede traerse aquí a colación la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 132/2010, por la que el Alto Tribunal declara inconstitucional el art. 763.1 LEC que posibilita el internamiento de una persona por razón de enfermedad psíquica, ya que tal norma no se aprobó con el carácter de orgánica. Sin embargo, no anula la norma, ya que ello provocaría un vacío en el ordenamiento no deseable. Será el legislador el que tendrá que remediar a la mayor brevedad posible tal cuestión aprobando una nueva norma que sí tenga naturaleza orgánica

comunidad) para asegurar las condiciones para que la gente pueda disponer de salud y para, igualmente, limitar dichos poderes a la hora de restringir la libertad personal, la propiedad u otros bienes o intereses dignos también de protección a favor del bien común”<sup>20</sup>.

De este modo, un modelo de salud pública como el que pretende promoverse sobre la base de lo dispuesto en la Ley General de Salud Pública habría de venir fundamentado, desde un punto de vista estrictamente legal, en una relación proporcional entre la libertad de los ciudadanos y los intereses colectivos, pero, en modo alguno, en la prevalencia del interés individual.

Cierto es que el problema no sólo radica en los términos en los que aparece redactada la Ley General de Salud Pública, sino que este nuevo panorama y estas nuevas necesidades exigen también un cambio en las respuestas que ha de ofrecer el Derecho y, entre otras cuestiones, superar un modelo asentado, por lo que al ámbito de la salud se refiere, casi exclusivamente en el principio de autonomía de la voluntad, en el queha primado tradicionalmente el interés individual sobre el interés colectivo.

En contraposición al espíritu que se extrae de la Ley General de la Salud Pública, en otros sistemas jurídicos en los que la autonomía de voluntad constituye uno de los principios jurídicos que lo fundamentan, como en los Estados Unidos de América<sup>21</sup>, los Tribunales de Justicia han matizado dicho principio en el ámbito de la salud pública limitando notablemente su eficacia, de manera que se distingue de manera muy expresiva entre *autonomy cases* y *public health cases*<sup>22</sup>.

20GOSTIN, L.O., “A theory and definition of Public Health Law”, *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 10, núm. 1, p. 1.

21 Véase, en especial, *Planned Parenthood v. Casey*, 1992, en el que el Tribunal Supremo declare que “Our law affords constitutional protection to personal decisions relating to marriage, procreation, contraception, family relationships, child rearing, and education. . . . These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one’s own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State”.

22 HILL, B.J., “The constitutional right to make medical treatment decisions: a tale of two doctrines”, Case Western Reserve University, Case Research Paper Series in Legal Studies, Working Paper 07-28, p. 304.

Tal cambio de modelo viene, además, exigido por las experiencias que nos ofrecen otros países y nuestro propia experiencia, en virtud de las cuales, parece que algunas medidas coercitivas y prohibitivas han causado más efectos que las basadas exclusivamente en la educación e información a la población<sup>23</sup>.

Ello exige, por tanto, desarrollar un concepto de salud pública como interés colectivo y como límite a la autonomía que normativamente permita dar sustento a aquellas políticas, sin detrimento, claro está, de la dignidad de la persona.

## 2. SALUD PÚBLICA Y OBESIDAD: LA EPIDEMIA DEL SIGLO XXI

Como ya hemos avanzado antes, uno de los elementos que puede dar sostenibilidad al sistema es el desarrollo efectivo de políticas de salud pública con especial atención a la promoción de las formas saludables de vida como instrumento para evitar la enfermedad. La guerra desatada contra el tabaco hace pocos años es un ejemplo de que pueden hacerse aún muchas cosas en favor de la salud pública y, por ende, de la sostenibilidad del sistema sanitario.

Se ha apuntado que los esfuerzos deben centrarse en las dos principales amenazas para la salud, el tabaco y la obesidad<sup>24</sup>, siendo otros de los elementos

23DE WALQUE, D. (Ed.), *Risking your health ...*, op. cit., p. 142. Algunos estudios sugieren que la política pública consistente en obligar a los productores y distribuidores de alimentos y a los servicios de restauración a incluir información sobre el número de calorías de los alimentos, lo que se conoce en Estados Unidos de América como *calorie labeling* o *mandatory menu labeling* no ha surtido los efectos esperados en cuanto al cambio en las conductas alimenticias. Vid. BANKER, M.I., “I saw the sign: The new Federal Menu-Labeling Law and lessons from local experience”, *Food and Drug Law Journal*, vol. 65, núm. 4, año 2010, pp. 911 a 913; y FINKELSTEIN, E.A., STROMBOTNE, K.L., CHAN, N.L., KRIEGER, J., “Mandatory menu labeling in one fast-food chain in King County, Washington”, *American Journal of Preventive Medicine*, vol. 40, núm. 2, febrero 2011, pp. 122 a 127. Por ello, las propuestas más recientes se orientan hacia la prohibición de determinados alimentos o, al menos, a la limitación de su distribución. Por otro lado, recientemente uno de los responsables del *National Health Service* (NHS) del Reino Unido ha manifestado que van a promover una política orientada a que los profesionales sanitarios pierdan peso, ya que más de la mitad de ellos (setecientos mil) presentan sobrepeso, no habiendo surtido efecto las políticas meramente informativas y educativas. Vid. Diario Médico en su edición *on line* del 18 de agosto de 2014, pudiéndose acceder a través de la página web, [www.diariomedico.com](http://www.diariomedico.com). Último acceso el 19 de agosto de 2014.

24La obesidad es una enfermedad multifactorial caracterizada por un exceso de tejido graso o tejido adiposo, que origina un incremento del peso corporal con efectos mortales para la salud. No se habla de obesidad cuando el exceso de

en los que centrar estrategias de prevención, la detección temprana de los cánceres más frecuentes, la realización de pruebas genéticas para la detección de predisposición a enfermedades y el cuidado de articulaciones y huesos, fundamentalmente a través del ejercicio<sup>25</sup>.

La obesidad que se ha convertido en palabras de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en la epidemia del siglo XXI. De los diez factores de riesgo identificados como claves para el desarrollo de las enfermedades crónicas, cinco están estrechamente relacionados con la alimentación y el ejercicio físico. Además de la obesidad, se citan el sedentarismo, hipertensión arterial, hipercolesterolemia y consumo insuficiente de frutas y verduras<sup>26</sup>.

Los datos sobre el incremento de la obesidad muestran que ello se está produciendo a escala mundial<sup>27</sup>, y así, mientras algunos países con economías más prósperas están consiguiendo disminuir los efectos de lo que se ha llamado el “*Tsunami de la obesidad*”, otros, los menos prósperos, se encuentran con un incremento muy relevante de la población con sobrepeso y obesidad y con un aumento de las enfermedades vinculadas, en especial, la diabetes. Así, en 2008 y a nivel mundial uno de cada tres menores en edad escolar presentaba sobrepeso y uno de cada nueve era obeso, tanto en los países más prósperos como en las economías en desarrollo<sup>28</sup>. Se trata pues de un problema mundial que no sólo afecta a determinados países o comunidades.

Por ello, la Organización Mundial de la Salud en la 57.<sup>a</sup> Asamblea Mundial de la Salud aprobó la

---

peso no es grasa y está relacionado con un aumento de peso a expensas de otros tejidos corporales como la masa muscular en el caso de los atletas. Serían sujetos obesos aquellos que presentan porcentajes de grasa por encima de los valores considerados como normales, que son del 12 al 20% en varones y del 20 al 30% en mujeres. Los valores de normalidad para definir el grado de obesidad se obtienen, actualmente, acudiendo al indicador conocido como índice de masa corporal (IMC), que atiende tanto al peso como a la talla. Vid. MONEREO MEGÍAS, S., IGLESIAS BOLAÑOS, P. y GUIJARRO DE ARMAS, G., *Nuevos retos en la prevención de la obesidad. Tratamientos y calidad de vida*, Fundación BBVA, Bilbao, 2012, pp. 15 a 17.

25Vid. Informe elaborado en 2012 por PwC bajo el título “Diez temas candentes de la Sanidad española para 2012. Dos agendas simultáneas: recortes y reformas”, p. 87.

26Vid. *Informe sobre la salud en el mundo, 2002: Reducir los riesgos y promover una vida sana*, OMS, Ginebra, 2002.

27La propia OMS ha acuñado el término *globesity* para dar buena cuenta de que no estamos ante un problema que afecte sólo a determinados países o a determinadas clases sociales.

28WISE, J., “Tsunami of Obesity threatens all regions of World, data show”, *BMJ*, núm.342, año 2011, pp. 7793.

Estrategia Mundial sobre Régimen Alimentario, Actividad Física y Salud, cuyo objetivo es promover y proteger la salud orientando la creación de un entorno favorable para la adopción de medidas sostenibles a escala individual, comunitaria, nacional y mundial, que, en conjunto, den lugar a una reducción de la morbilidad y la mortalidad asociadas a una alimentación poco sana y a la falta de actividad física.

En el ámbito de la Unión Europea, debe citarse, por orden cronológico, el Libro Verde de la Comisión, aprobado en el año 2005, para “Fomentar una alimentación sana y la actividad física: una dimensión europea para la prevención del exceso de peso, la obesidad y las enfermedades crónicas”. El citado documento comienza señalando que “*Una dieta poco sana y la falta de actividad física son las principales causas de enfermedades evitables y de muertes prematuras en Europa, donde el aumento de la prevalencia de la obesidad constituye un importante problema de salud pública*”. Esta incidencia creciente de la obesidad “*tiene repercusiones económicas especialmente importantes. Se calcula que en la Unión Europea la obesidad representa hasta un 7 % de los gastos de salud pública*”, siendo los gastos médicos anuales de un adulto medio obeso “*un 37 % superiores a los de una persona de peso normal*”.

Por tanto, la Comisión considera que “*combatir el problema del exceso de peso y de la obesidad no es sólo importante en términos de salud pública*”, sino tanto desde la perspectiva de la sostenibilidad de los sistemas de salud, ya que ha de contribuir “*a reducir a largo plazo los costes para los servicios sanitarios y a estabilizar las economías permitiendo a los ciudadanos tener una vida productiva hasta una edad avanzada*”.

El Libro Verde entiende que la educación e información de los consumidores es una estrategia prioritaria, ya que ha de permitir que las personas puedan elegir su alimentación con conocimiento de causa, siendo la información relativa al contenido nutricional de los productos un elemento importante a este respecto. Dentro de esta información es muy importante la que viene referida en concreto a la relación entre alimentación y salud y sobre la ingesta y el gasto de calorías, los regímenes alimentarios que reducen el riesgo de padecer enfermedades crónicas y las opciones sanas en relación con los alimentos. No se trata tanto de que los consumidores conozcan la información sobre las calorías de los alimentos, sino que también sepan interpretar dicha información en relación con la salud, es decir, que puedan entender el etiquetado nutricional.

Para la Comisión, una información clara y coherente sobre los productos alimenticios, junto con una educación adecuada de los consumidores, constituye el primer paso para una elección con conocimiento de causa en materia de alimentación.

En el mismo ámbito, se considera que es necesario velar también porque no se induzca a error a los consumidores y que, sobre todo, no se explote la credulidad de los consumidores más vulnerables y, en particular, de los niños, ni su limitada experiencia con los medios de comunicación, sobre todo, la publicidad sobre alimentos ricos en grasas, en sal y en azúcares, como las meriendas hipercalóricas y los refrescos azucarados, así como la comercialización de estos productos en la escuela. Para la Comisión, la autorregulación de la industria es la mejor solución, sin embargo, deben prepararse otras soluciones por si aquélla no produjera los resultados deseables.

Los niños y adolescentes son los grupos de consumidores sobre los que es prioritario trabajar, ya que durante la infancia y la adolescencia se producen importantes elecciones en cuanto a hábitos de vida, que predeterminan los problemas de salud en la edad adulta, siendo la escuela el medio privilegiado para realizar acciones de promoción de la salud. A este respecto, se destaca también la relación entre alimentación sana y mejora de la concentración y aprendizaje.

Otra de las estrategias que se recogen en el Libro Verde vienen referidas al desarrollo de un entorno saludable, desde la perspectiva, fundamentalmente, de las políticas públicas de transporte y urbanismo.

Por último, el Libro Verde destaca la importancia que el factor socioeconómico tiene en los hábitos de alimentación y ejercicio físico. Un nivel más bajo de educación y un acceso más limitado a la información reducen la capacidad para elegir con conocimiento de causa.

Dos años más tarde, el 30 de mayo de 2007, la Comisión aprueba el Libro Blanco, sobre la “Estrategia europea sobre problemas de salud relacionados con la alimentación, el sobrepeso y la obesidad” (COM (2007) 279 final). A través de dicho documento la Comisión pretende desarrollar una estrategia europea para reducir los problemas sanitarios debidos a una mala alimentación, tratándose de establecer medidas concretas que puedan adoptarse a escala comunitaria, con objeto de que la mala alimentación y

la falta de actividad física dejen de ser las principales causas de enfermedades evitables y de fallecimientos prematuros en Europa.

Para tratar este problema de salud pública, la Comisión es partidaria de un enfoque integrado de las políticas en materia de alimentación y de consumo, pero también en el ámbito del deporte, la educación y el transporte. Además, es fundamental tener en cuenta la dimensión socioeconómica del problema, puesto que son los grupos desfavorecidos los que se ven más afectados por la obesidad. Según la Comisión, las medidas comunitarias contra la obesidad deben basarse en cuatro pilares:

1. la reducción importante de los riesgos relacionados con la salud (mala alimentación y falta de ejercicio físico);
2. la transversalidad: las acciones deben aplicarse a todas las políticas gubernamentales en todos los niveles de actuación, mediante distintos instrumentos adecuados, como las disposiciones legislativas, las asociaciones públicas/privadas y el diálogo con la sociedad civil;
3. la participación de los agentes privados, como la industria agroalimentaria y la sociedad civil, así como de los agentes locales;
4. la evaluación sistemática y el seguimiento de esas medidas, con objeto de valorar su eficacia.

Las ideas principales que se recogen en el Libro Blanco son muy similares a las que ya se recogían en el anterior Libro Verde y así se le da prioridad dentro de las acciones a la educación e información a los consumidores, y dentro de éstas, en concreto, al etiquetado nutricional, estudiándose el incluir el mismo de manera obligatoria en la parte frontal del empaque. Igualmente, se considera que los niños y adolescentes son el grupo prioritario de trabajo, siendo la escuela el lugar óptimo para desarrollar las políticas de fomento de los hábitos saludables.

Por último, el Libro Blanco vuelve a insistir en la idea del desarrollo de un espacio propicio para los hábitos saludables, sobre todo, desde la perspectiva del urbanismo y el transporte. Para la Comisión no es suficiente con promover que se realice más ejercicio físico si no hay un entorno físico y social que lo favorezca. Al esfuerzo personal por aumentar la actividad física en la vida diaria debe unirse el apoyo de un entorno físico y social que lo favorezca, considerándose

como elementos fundamentales de estas acciones los proyectos de desplazamientos a pie y en bicicleta.

El Consejo de la Unión Europea en sus recientes *Conclusiones sobre la nutrición y la actividad física* (2014/C 213/01) se hace eco del problema, al que tilda literalmente de epidemia y anima a la Comisión y a los Estados miembros para que sigan dando carácter de máxima prioridad en los próximos años a la dieta sana y la actividad física regular, con el objetivo de reducir la carga de las enfermedades y afecciones crónicas, contribuyendo de tal modo a la mejora de la salud y calidad de vida de los ciudadanos europeos y a la sostenibilidad de los sistemas sanitarios<sup>29</sup>.

Por lo que a España se refiere, en 2005 se elaboró la denominada Estrategia para la Nutrición, Actividad Física y Prevención (NAOS), iniciativa impulsada por el Ministerio de Sanidad, a través de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición. Su principal objetivo es sensibilizar a la población del problema que la obesidad representa para la salud e impulsar todas las iniciativas que contribuyan a lograr que los ciudadanos, y especialmente los niños y los jóvenes, adopten hábitos de vida saludables, principalmente a través de una alimentación saludable y de la práctica regular de actividad física<sup>30</sup>.

La Estrategia promueve seis objetivos específicos<sup>31</sup>:

- Fomentar políticas y planes de acción destinados a mejorar los hábitos alimentarios y aumentar la actividad física en la población. Estas políticas deberán ser sostenibles, integrales y buscar una amplia participación de la sociedad.
- Sensibilizar e informar a la población del impacto positivo que, para su salud, tienen una alimentación equilibrada y la práctica regular de actividad física.
- Promover la educación nutricional en el medio familiar, escolar y comunitario.
- Estimular la práctica de actividad física regular en la población, con especial énfasis en los escolares.

29DOUE 8-VII-2014, C213.

30Puede obtenerse más información sobre dicha Estrategia en la página web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en [http://www.naos.aesan.msssi.gob.es/naos/estrategia/que\\_es/](http://www.naos.aesan.msssi.gob.es/naos/estrategia/que_es/). Último acceso el 12 de agosto de 2014.

31 Vid. *Estrategia para la Nutrición, Actividad Física y Prevención (NAOS)*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2005, p. 18.

- Propiciar un marco de colaboración con las empresas del sector alimentario para promover la producción y distribución de productos que contribuyan a una alimentación más sana y equilibrada.

- Sensibilizar a los profesionales del Sistema Nacional de Salud para impulsar la detección sistemática de la obesidad y el sobrepeso en la población.

Los datos en España señalan que la obesidad puede llegar a reducir la esperanza de vida de una persona hasta en diez años, suponiendo, además, una elevada carga económica para nuestro sistema de salud con unos costes directos e indirectos asociados del siete por ciento del gasto sanitario total, lo que representaría unos 2.500 millones de euros anuales<sup>32</sup>. Además, parece que se trata de un problema que va a agravarse en el futuro porque, si bien España se sitúa en una posición intermedia en el porcentaje de adultos obesos, en lo que se refiere a la población infantil, nuestro país presenta una de las cifras más altas. El Estudio de Prevalencia de Obesidad Infantil (Aladino) recoge que en niños de entre seis y nueve años el exceso de peso se presenta en 45,2 por ciento (26,1 sobrepeso y 19,1 obesidad) de una muestra de casi ocho mil personas. Por tanto, dos de cada diez niños españoles entre los seis y los nueve años ya presenta obesidad, lo que supone que España encabece ya los primeros puestos de exceso de peso en la infancia en Europa<sup>33</sup>.

Por lo que al área geográfica se refiere, la región noreste de España presenta las cifras más bajas, mientras que la zona sur, y en concreto Murcia, Andalucía y las Islas Canarias, ofrecen las cifras más altas. Además, la probabilidad de padecer sobrepeso y obesidad es mayor en las áreas rurales que en las urbanas. También es más frecuente entre la población con un menor nivel socioeconómico y educativo. Ello obedece a que España ha experimentado lo que se denomina una “transición nutricional”. Se trata de una secuencia de modificaciones, tanto cuantitativas como cualitativas, en la alimentación, relacionadas con cambios económicos, sociales, demográficos y con factores de salud. Así, las dietas tradicionales han sido reemplazadas rápidamente por otras con una mayor densidad energética, lo que significa más grasa, principalmente de origen animal, y más azúcar

32Ibidem, p. 9.

33Vid., también, GARCÍA-GOÑI, M. y HERNÁNDEZ-QUEVEDO, C., “The evolution of obesity in Spain”, *Eurohealth*, vol. 18, núm. 1, año 2012, pp. 22-25.

añadido en los alimentos, unido a una disminución de la ingesta de carbohidratos complejos y de fibra. Estos cambios alimentarios se combinan con cambios de conductas que suponen una reducción de la actividad física en el trabajo y durante el tiempo de ocio<sup>34</sup>.

La Estrategia NAOS se centra especialmente en la infancia y juventud y en dos ámbitos concretos, el familiar y comunitario y el escolar, aunque también se promueve la adopción de convenios con las empresas de alimentación y distribución de alimentos para incorporar estos agentes en los objetivos de la Estrategia y con los profesionales sanitarios.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la mayoría de sus propuestas son de índole informativa y educativa, aunque también se recoge alguna que pretende promover cambios en la alimentación a través de fórmulas más coercitivas, como sería, por ejemplo, en el ámbito de los comedores escolares, los cuales juegan un papel primordial ya que el 20% de los niños realiza, durante cinco días a la semana, su comida principal en el centro de enseñanza, porcentaje que aumenta hasta el 32% en el grupo de edad de 2-5 años, donde se propone que por el Ministerio de Sanidad y Consumo, en colaboración con el de Educación y Ciencia, se aborden cuáles son los requisitos que deben cumplir los menús que se ofrezcan. En todo caso, esta última propuesta es casi una excepción en un modelo que, como decimos, se fundamenta en el cambio de los hábitos alimenticios a través de la información y educación<sup>35</sup>.

Desde la perspectiva institucional, la Estrategia recoge la creación de un Observatorio sobre la obesidad que vendría a encargarse de cuantificar y analizar periódicamente la prevalencia de la obesidad en la población española, especialmente en la población infantil y juvenil, midiendo los progresos obtenidos en la prevención de esta enfermedad, y asegurando la necesaria homogeneidad metodológica entre los diferentes estudios epidemiológicos que se inicien, facilitando la comparación con otros estudios nacionales e internacionales y la obtención de información válida sobre la evolución, la tendencia y los factores condicionantes y determinantes de la obesidad. El Observatorio bajo la denominación específica de “*Observatorio de la Nutrición y de Estudio de la Obesidad*” aparece recogido normativamente en la

Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, específicamente, en su artículo 38. Finalmente, el Observatorio se ha creado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de enero de 2013<sup>36</sup>.

La citada Ley 17/2011 ya incorpora entre sus fines “*la fijación de las bases para la planificación, coordinación y desarrollo de las estrategias y actuaciones que fomenten la información, educación y promoción de la salud en el ámbito de la nutrición y en especial la prevención de la obesidad*” (vid. art. 1 b).

Entre las medidas que van más allá de la mera promoción, información y educación en nutrición saludable, la Ley recoge en su artículo 40.6 la prohibición de venta en escuelas infantiles y en centros escolares de alimentos y bebidas con un alto contenido en ácidos grasos saturados, ácidos grasos trans, sal y azúcares. Igualmente, es interesante recordar lo dispuesto en el artículo 41 siguiente que afecta directamente al ámbito de contratación de las Administraciones Públicas: “*Cuando liciten las concesiones de sus servicios de restauración, las Administraciones públicas deberán introducir en el pliego de prescripciones técnicas requisitos para que la alimentación servida sea variada, equilibrada y adaptada a las necesidades nutricionales de los usuarios del servicio. Igualmente, supervisarán todo ello, atendiendo a las guías y objetivos nutricionales, establecidos por el departamento competente en materia sanitaria*”, concluyendo que “*estos requisitos deberán ser objeto de especial consideración dentro de los criterios de adjudicación del contrato*”.

El artículo 46 recoge una previsión específica sobre la publicidad de los alimentos a menores de quince años, disponiendo que “*Las autoridades competentes promoverán la firma de acuerdos de correulación con los operadores económicos y los prestadores del servicio de comunicación comercial audiovisual, para el establecimiento de códigos de conducta, que regulen las comunicaciones comerciales de alimentos y bebidas, dirigidas a la población menor de quince años, con el fin de contribuir a prevenir la obesidad y promover hábitos saludables*”.

Para reforzar dichas políticas en el ámbito de la lucha contra la obesidad, se recoge un catálogo específico de infracciones en el artículo 50, apartado 2,

---

<sup>34</sup> Vid. *Estrategia para la Nutrición, Actividad Física y Prevención (NAOS)*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2005, p. 11.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 29.

---

<sup>36</sup> Vid. Resolución del 28 de enero de 2013 de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, BOE 23-II-2013.

tales como la elaboración, distribución, suministro o venta de preparados alimenticios, cuando en su presentación se induzca a confusión al consumidor sobre sus verdaderas características sanitarias o nutricionales; el incumplimiento de normas para la protección de menores en el ámbito escolar en materia de nutrición; la comercialización de alimentos que transgredan los criterios nutricionales establecidos reglamentariamente; o las limitaciones establecidas en materia de formación o publicidad alimentaria dirigida a la infancia y juventud.

Resulta de interés destacar también el artículo 37 en el que se recoge uno de los principales riesgos que se derivarían de la promoción por los poderes públicos de la nutrición saludable y de la lucha contra la obesidad: la discriminación social de las personas obesas. Así, el precepto manifiesta que está prohibida cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sobrepeso u obesidad, considerándose discriminación directa la situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sobrepeso, de manera menos favorable que otra en situación comparable, y siendo la indirecta la situación en la que una disposición, criterio o práctica, aparentemente, neutros pone a las personas con sobrepeso u obesidad en desventaja particular con respecto al resto de personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse, objetivamente, en atención a una finalidad legítima, y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

Además, el mismo artículo 37 dispone en su apartado 5 que *“Los actos y cláusulas, que constituyan o causen discriminación por razón de sobrepeso u obesidad, se considerarán nulos y sin efecto”*.

### 3. ¿UN NUEVO DERECHO DE LA SALUD PÚBLICA FRENTE A LA OBESIDAD?

El Derecho debe estar necesariamente presente en este debate sobre la implementación de las políticas de salud pública, pudiendo ofrecer diferentes fórmulas legales de promoción de la salud pública.

Sin embargo, antes de describir cuál son las diferentes medidas legales que pueden implementarse en la lucha contra la obesidad, es importante subrayar que aunque tradicionalmente se han efectuado ciertos paralelismos entre tabaquismo y obesidad, pudiendo ser las políticas públicas desarrolladas en aquel ámbito un buen ejemplo del camino que puede

seguirse para luchar frente a la segunda, el abordaje jurídico de ambos problemas de salud pública no parece que haya de ser necesariamente idéntico ya que existe un elemento importante que distingue ambos problemas: el fumador pone en riesgo a su entorno (el fumador pasivo), pero en el caso del que consume alimentos poco saludables o no practica ejercicio físico no hay daño directo para terceros. Así pues, se ha apuntado que respecto de la obesidad no podrían adoptarse medidas que limiten la libertad de las personas, debiendo adoptarse tan sólo meras medidas de información y educación, al no concurrir el requisito del daño para tercero que justificaría la intervención coercitiva del Estado.

Siendo tal posición, en gran parte, cierta, no parece muy correcto negar que las decisiones que autónomamente toman los diferentes miembros de una comunidad en cuanto a su alimentación y otros hábitos de vida tienen un impacto inmediato o, al menos, mediato en el entorno, al detraerse recursos limitados dentro del sistema sanitario. Por ello, no creemos que la posición que hemos descrito impida adoptar determinadas decisiones públicas que vayan más allá de la mera educación e información, sobre todo, cuando lo que está en juego es uno de los pilares del Estado social, como es el sistema sanitario público y universal<sup>37</sup>, pero, eso sí, tales medidas no pueden equipararse necesariamente a las que se han adoptado en el ámbito del tabaquismo.

Centrando ya nuestro discurso en las modalidades de medidas legales que pueden adoptarse en la promoción de las conductas saludables y, específicamente, en la lucha contra la obesidad, puede distinguirse entre dos categorías de medidas, las que se centran fundamentalmente en los consumidores (*consumer - focused approach* o *consumers interventions*) y las que lo hacen en la industria de producción y distribución de alimentos (*provider - focused approach* o *market place interventions*). Esta distinción es interesante a efectos de introducir cierto orden en nuestro discurso aunque respecto de determinados ejemplos concretos es difícil establecer con claridad quién es el destinatario principal de la medida, existiendo medidas que inciden tanto en los consumidores

<sup>37</sup> En contra se ha manifestado Gunneson, el cual considera que la intervención de los poderes públicos sobre los hábitos de vida de los ciudadanos exige que concurra, necesariamente, un daño directo, sustancial o definitivo, lo que no concurre en el caso de la alimentación poco saludable. Vid. GUNNESON, C.M., “Why fast food bans are the wrong solution to address America’s obesity problem and what should be done instead”, *Quinnipiac Health Law Journal*, núm. 15, año 2011-2012, p. 228.



como en la industria productora y de distribución. Sin embargo, vamos a acudir a ella, como decimos, para dar más claridad a nuestra exposición y tratar de sistematizar los ejemplos.

Dentro de la primera categoría (*consumer – focused approach*), un análisis de los modelos de Derecho comparado, no permiten distinguir tres modalidades de medidas:

a) Medidas no coercitivas o meramente informativas y educativas

Estas medidas promueven incrementar la información y educación de los ciudadanos sobre la alimentación y sus efectos en la salud. Entre estas, una de las que más presencia ha tenido en la práctica es la de la información sobre las calorías que se consumen, incorporando dicha información, bien al continente del alimento o bebida, bien a los menús en los servicios de restauración (*labeling and disclosure programs*)<sup>38</sup>.

Esta específica solución ha tenido una gran repercusión en la práctica, habiéndose adoptado en varios países. Sin embargo, es objeto de controversia ya que determinados estudios sugieren que tal información no cambia realmente los hábitos de consumo de los ciudadanos o, al menos, no alcanza a un gran número de ciudadanos, siendo pocos los que realmente acaban eligiendo el menú adecuado de conformidad con tal información sobre las calorías. Además, muchos ciudadanos no tienen formación suficiente sobre la dieta para entender qué supone en cada momento un determinado número de calorías. Por ello, se ha propuesto contextualizar dicha información acerca del número de calorías del correspondiente alimento o bebida, de manera que el consumidor conociera cuál es el número de calorías en relación con una dieta equilibrada<sup>39</sup>.

Otra tipo de medida que puede incluirse en este apartado sería la que pretende también informar y educar pero optando por mensajes que resalten de manera muy destacada y en muchas ocasiones gráficamente las consecuencias más perniciosas de seguir hábitos no saludables. Se trata de medidas que, en

cierto modo, van más allá de la mera información, alertando de manera muy expresiva de los riesgos del consumo del producto o alimento. Un ejemplo de éstas últimas que comienza a implantarse en el ámbito de la alimentación sería el que se ha empleado en los últimos años respecto del tabaco, empleándose las cajetillas de cigarrillos como medio para expresar de manera muy visual tales riesgos (véase como ejemplo extremo el del *plain packaging* en Australia, en virtud del cual, el tabaco se distribuye en cajetillas donde la marca comercial prácticamente ha desaparecido a favor de imágenes y mensajes muy ilustrativos sobre el riesgo para la salud del hábito de fumar).

Se trataría, en todo caso, de medidas que podemos calificar como flexibles o blandas y que, desde una perspectiva jurídica, plantean menos dilemas, aunque también es cierto que a través de las mismas puede incurrirse en supuestos de discriminación, al poder crear un estado de opinión contrario a la obesidad o que la estigmatice.

b) Medidas fiscales

Otras de las medidas que pueden incluirse en esta primera categoría serían las que pretendan dificultar o encarecer el acceso a determinados productos y alimentos, como medio para cambiar los hábitos de los ciudadanos, desincentivando su consumo, pudiendo destacarse medidas fiscales que graven determinadas conductas, estilos de vida o alimentos. Se trata de una medida, en principio, no coercitiva, porque no impide que el ciudadano siga consumiendo determinados alimentos, limitándose a encarecer los mismos como mecanismo para desincentivar dicho consumo.

Dichas medidas que son defendidas por varios autores y que, en cierto modo, cuentan con el respaldo de los estudios que indican que gravar un producto conlleva habitualmente una disminución en su consumo, presentan, además, la virtud de que no sólo desincentivan determinadas conductas, sino que, además, permiten obtener ingresos que pueden destinarse, a su vez, al desarrollo de otras políticas de salud pública. Sin embargo, esta modalidad de medida presenta como principal problema desde un punto de vista legal su posible falta de equidad, ya que suele recaer sobre las poblaciones en peor situación económica quienes son los que habitualmente consumen los alimentos objeto de gravamen<sup>40</sup>. Además, tampoco

<sup>38</sup>Esta medida, sin embargo, no parece haber tenido mucho impacto en la reducción del consumo de calorías, según informan diferentes estudios. Vid. RIES, N.M., “Legal and policy measures to promote healthy behaviour: using incentives and disincentives to control obesity”, *McGill Journal of Law and Health*, vol. 6, núm. 1, año 2012, p. 6.

<sup>39</sup> GUNNESON, C.M., “Why fast food bans ...”, *cit.*, p. 239.

<sup>40</sup> LOEB, L., “Childhood obesity: the law’s response to the surgeon general’s call to action to prevent and decrease overweight and obesity”, *Journal Of Health Care Law & Policy*, núm. 12, año 2009, p. 312.

el encarecimiento del producto provoca necesariamente una reducción de su consumo, pudiendo depender ello de que tal encarecimiento vaya asociado a otros elementos. Por ello, en muchas ocasiones se combina con medidas informativas.

Por otro lado, puede provocar cierto desinterés intencionado por parte de los poderes públicos en que efectivamente se reduzca el hábito no saludable, ya que ello iría en detrimento de los ingresos de las arcas públicas. El ejemplo del tabaco refleja bien lo que venimos manifestando, ya que en ocasiones los poderes públicos han puesto más esfuerzo en gravar el consumo que en políticas públicas para promover su reducción o, en su caso, para informar acerca de los efectos perniciosos.

### c) Incentivos

El último tipo de medida que podría incluirse en esta categoría y que sí está cobrando en los últimos años mayor relevancia es la de los incentivos económicos o en especie por llevar a cabo conductas de vida saludables. En el ámbito de los países anglosajones se ha acuñado, en relación a dicha medida de incentivos, el término *nudge* que en su traducción a nuestra lengua sería algo así como “dar un pequeño empujón”, es decir, animar a alguien a cambiar determinadas conductas por otras más saludables con pequeños incentivos que permitan presumir que el sujeto conserva gran parte de su libertad en la elección. Este término, en el sentido que venimos comentando, se atribuye a SUNSTEIN y THALER que definen el término *nudge* como “any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates. Putting the fruit at eye level counts as a nudge. Banning junk food does not”<sup>41</sup>. De este modo, a través de los *nudges* se promovería un cambio en la conducta alimenticia de los ciudadanos sin necesidad de recurrir a prohibiciones ni a incentivos económicos de especial relevancia, siendo el ciudadano el que libremente aceptaría el cambio aunque animado por el pequeño *empujón* que produce la correspondiente política pública.

Esta medida es objeto de controversia al discutirse cuáles pueden ser sus efectos reales sobre

41 THALER, R. y SUNSTEIN, C.R., *Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness*, Yale University Press, New Haven & London, 2008, p. 8.

los cambios de los hábitos alimenticios<sup>42</sup>. Además, tampoco están ausentes los conflictos éticos. Para BLUMENTHAL-BARBY y BURROUGHS, antes de adoptar dicha fórmula deben resolverse diferentes cuestiones, tales como, cuál ha de ser el importe ofrecido, o de qué manera el incentivo puede colocar en una posición de más desventaja aún a los más necesitados o, incluso, si puede, a la postre, deteriorar la relación médico-paciente<sup>43</sup>.

En lo que se refiere al importe del incentivo, si la cuantía es muy alta, entonces, puede ser considerada como una medida coercitiva e incidir de manera injustificada en la autonomía de voluntad del individuo. Por ello, se ha considerado preferible, como veremos que se hace en alguno de los países en los que ya se ha aplicado esta medida, optar por incentivos en especie y no por incentivos económicos<sup>44</sup>.

Este dilema ético-legal nos recuerda al que se plantea respecto del pago a los sujetos sanos por participar en ensayos clínicos (los denominados ensayos fase I). Así, el artículo 3 del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, en relación a los postulados éticos de dichos ensayos, dispone, en su apartado 8, literalmente, que “*Los sujetos participantes en ensayos clínicos sin beneficio potencial directo para el sujeto en investigación recibirán del promotor la compensación pactada por las molestias sufridas. La cuantía de la compensación económica estará en relación con las características del ensayo, pero en ningún caso será tan elevada como para inducir a un sujeto a participar por motivos distintos del interés por el avance científico*”.

Respecto del trato injusto a los individuos o grupos en peor condición, debemos recordar que las causas de la obesidad son multifactoriales, incidiendo no sólo la voluntad del sujeto, sino elementos genéticos.

42 Riers y Von Tigerstrom consideran que la medida consistente en incentivar económicamente las conductas saludables es la que actualmente pudiera presentar menor evidencia acerca de su eficacia. Vid. RIERIS, N.M. y VON TIGERSTROM, B., “Legal interventions to address obesity: assessing the state of the Law in Canada”, *UBC Law Review*, vol. 43, núm. 2, año 2010-2011, p. 368. En contra de dicha medida, por su escasa eficacia en modificar las conductas poco saludables, vid., también, CARTER, A. y HALL, W., “Avoiding selective ethical objections to nudges”, *The American Journal of Bioethics*, vol. 12, núm. 2, año 2012, p. 13.

43 BLUMENTHAL-BARBY, J.S. y BURROUGHS, H., “Seeking better health care outcomes: the ethics of using the “Nudge””, *The American Journal of Bioethics*, vol. 12, núm. 2, año 2012, p. 2.

44 *Ibidem*.

Por ello, se ha propuesto como alternativa diseñar estrategias en las que se evalúe también en qué medida es o no fácil para el individuo alcanzar el fin que es objeto de incentivo<sup>45</sup>.

En cuanto a la última de las cuestiones que hemos apuntado, y dado que dichos programas suelen exigir la participación de profesionales sanitarios no sólo a los efectos de evaluar si los individuos son o no aptos para participar en el programa, sino también para determinar si se ha logrado el correspondiente objetivo, ello puede determinar que la relación médico-paciente se deteriore al considerar éste que aquél es un mero policia<sup>46</sup>.

Por otro lado, se ha planteado que esta estrategia únicamente ofrece resultados positivos en el corto plazo y que normalmente desaparecen en el medio o largo plazo, porque tras el incentivo es fácil que las personas vuelvan a ganar peso o a cambiar de nuevo sus hábitos de vida. Otro problema que presenta esta iniciativa es que en muchas ocasiones involucra tan sólo a personas que ya, por sí mismos, tienen cierta predisposición o se muestran dispuestos a introducir cambios en sus hábitos de vida, quedando fuera del programa aquellos que realmente pueden representar un problema para el sistema<sup>47</sup>. También se ha apuntado que este tipo de medidas afecta a la solidaridad y que no crean una verdadera conciencia individual frente al problema. El individuo seguirá la conducta que es objeto de incentivo no porque haya desarrollado una verdadera conciencia sobre la necesidad ética de la conducta, sino tan sólo sobre la base del interés individual en el incentivo<sup>48</sup>.

Existen ya ejemplos sobre tal tipo de medida, aunque sus resultados a medio plazo son objeto de controversia, como decimos. Así, en 2007, el alcalde de una ciudad italiana anunció un proyecto para que la población perdiera peso, ofreciendo cincuenta euros a los que perdieran hasta tres kilogramos de peso en un mes y cien euros más si cinco meses más tarde mantenían el mismo peso. Para participar en dicho programa se exigía que el participante aportara un informe médico que acreditara que el sujeto presentaba

sobrepeso u obesidad de acuerdo con medidas basadas en el Índice de Masa Corporal<sup>49</sup>.

Igualmente, en Inglaterra, la autoridad sanitaria regional promovió un programa de incentivo económico, denominado “Pounds for Pounds”. El premio económico por reducir peso y mantenerlo era de cuatrocientas libras. Los resultados de dicho programa mostraron que el problema no reside tanto en la información de la que disponen los ciudadanos, la cual es mayor de la que en ocasiones se supone, sino en la búsqueda de fórmulas que incentiven a los ciudadanos a modificar sus hábitos de vida<sup>50</sup>.

Otro ejemplo lo encontramos en Alemania, donde ya en 1989 se introdujo un programa de incentivos en especie de manera que los ciudadanos que siguieran hábitos saludables de vida, tales como practicar regularmente ejercicio físico, acudir a clases de formación en nutrición saludable o a revisiones periódicas del estado de salud, reciben una serie de puntos que pueden, después, intercambiar por productos vinculados al ejercicio físico (relojes de entrenamiento, bicicletas, ...)<sup>51</sup>.

Dentro de la segunda categoría (*provider – focused approach*) existen también diferentes modalidades de medidas:

a) Prohibiciones de producción y/o distribución

Esta medida consistente en prohibir que se produzcan determinados alimentos o bebidas o, al menos, con determinados niveles de azúcares o grasas, o en prohibir que determinados alimentos o bebidas con un alto contenido en ácidos grasos saturados, ácidos grasos trans, sal y azúcares se distribuyan en determinados espacios, tales como escuelas infantiles o centros escolares de. Esta medida ya se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 40.6 de la Ley 17/2011.

Fuera de nuestras fronteras, el ejemplo paradigmático de esta segunda categoría de medidas lo encontramos en la prohibición promovida por el anterior Alcalde de Nueva York, Michael Bloomberg respecto de las bebidas de soda gigantes. Como se recordará, el citado Alcalde aprobó una norma que prohibía la venta en varios establecimientos (puestos

45 *Ibidem*.

46 *Ibidem*.

47 *Ibidem*, pp. 32 a 34.

48 ASHCROFT, R.E., “Personal financial incentives in health promotion: where do they fit in an ethic of autonomy?”, *Health Expectations*, núm. 14, año 2011, p. 196.

49 RIES, N.M., “Legal and policy measures to promote ...”, *cit.*, p. 28.

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*, pp. 28 y 29.

ambulantes y bares y restaurantes) de refrescos con azúcar en formato gigante. Tal decisión le mereció al Alcalde el apelativo de *Nanny Bloomberg*, en clara referencia al manido término del *Nanny State* que es buen reflejo del temor que en la sociedad norteamericana existe hacia las decisiones de los poderes públicos que afecten a la libertad personal y que puedan constituir expresiones de paternalismo o perfeccionismo moral<sup>52</sup>.

ASHCROFT considera que las prohibiciones pueden ser eficacias en su lucha a favor de los hábitos saludables pero que presentan problemas éticos, ya que afectan desigualmente a los grupos sociales, siendo insensibles a las diferencias individuales y sociales<sup>53</sup>.

b) Régimen jurídico de contratación de las Administraciones Públicas

Para algunos autores, una de las principales opciones legales para promover las conductas y alimentación saludables dentro de la segunda categoría sería a través del régimen jurídico de contratación de las Administraciones Públicas. Así, la oferta de alimentos más saludables se incluiría como uno de los criterios para la adjudicación de los contratos de concesión de servicios, especialmente, los de restauración,

52 Sin embargo, la norma fue anulada por el Tribunal Supremo de Nueva York (*New York State wide coalition v. NYC Dept. of Health*, 11 de marzo de 2013). Las razones que llevaron al Tribunal ha pronunciarse en contra de la decisión del Alcalde fueron sustancialmente dos: En primer lugar, la Sentencia afirma que la norma se aprobó sin atender a un verdadero criterio científico, al haberse elaborado sin solicitar un previo asesoramiento por expertos. A este respecto, el Tribunal recuerda que el informe de expertos que se incorpora al expediente es elaborado después de que la norma fuera redactada y, además, por un equipo de personas designadas previamente por el propio Alcalde que dieron por bueno todo lo que la norma establecía. Todo ello le permite al Tribunal concluir que el citado informe se limitó a dar por buena la norma sin querer realizar una verdadera labor de asesoramiento técnico. Por ello, llega a tildar dicha conducta de verdadero *Leviathan administrativo* que no respeta la separación de poderes entre órganos de decisión y de asesoramiento. En segundo lugar, la Sentencia considera que la norma no supera el enjuiciamiento de razonabilidad, tachando la misma de arbitraria y caprichosa y ello porque la prohibición de venta de dichas bebidas no se establece respecto de todas las bebidas que tienen un exceso de calorías y sólo afecta a las bebidas que se distribuyen en determinados establecimientos públicos, pero no en las grandes superficies comerciales (éstas no podían quedar afectadas por la regulación al ser competencia estatal). De este modo, el Tribunal anula la norma local, y ello sin perjuicio de reconocer que los poderes públicos gozan de una presunción de razonabilidad respecto de sus decisiones que solamente puede ser controladas de manera muy contenida, sin que éstos puedan imponer su propia versión de lo que consideren más adecuado.

53 ASHCROFT, R.E., “Personal financial incentives in health promotion: ...”, *cit.*, p. 192.

mediante su inclusión en el correspondiente pliego de prescripciones técnicas. Se ha apuntado que a través de esta medida las Administraciones Públicas no sólo tendrían la oportunidad de distribuir alimentos más saludables, sino también fomentar la demanda por el propio mercado por la producción y distribución de dichos alimentos<sup>54</sup>. Además, ello se haría sin incrementar la carga burocrática ya que los poderes públicos no tendrían que regular normas que exijan la producción de alimentos y productos más saludables sino meramente promover que el mercado los demande al constituir un criterio para la obtención por parte de las empresas privadas de las adjudicaciones de los contratos. Se pondría así más énfasis en la obtención de unos resultados que en meras medidas prohibitivas<sup>55</sup>.

Se trataría, pues, de una medida similar a la que se ha empleado en nuestro ordenamiento jurídico para la promoción, entre otras, de las políticas de prevención de riesgos laborales o de protección de medioambiente<sup>56</sup>.

Esta interesante medida de promoción de la alimentación saludable ya se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 17/2011. En su artículo 41 dispone, literalmente, que: “*Cuando liciten las concesiones de sus servicios de restauración, las Administraciones públicas deberán introducir en el pliego de prescripciones técnicas requisitos para que la alimentación servida sea variada, equilibrada y adaptada a las necesidades nutricionales de los usuarios del servicio. Igualmente, supervisarán todo ello, atendiendo a las guías y objetivos nutricionales, establecidos por el departamento competente en materia sanitaria*”, concluyendo que “*estos requisitos deberán ser objeto de especial consideración dentro de los criterios de adjudicación del contrato*”.

c) Litigación (*classaction*)

La litigación también parece mostrarse, en países con gran tradición al respecto como Estados Unidos de América, como una fórmula apta para promover

54 NOONAN, K., SELL, K., MILLER, D. Y RUBIN, D., “Government purchasing to improve public health: theory practice and evidence”, *Public Health Law Research*, Robert Wood Johnson Foundation, 2013, p. 4.

55 *Ibidem*.

56 El artículo 60 de la Ley de Contratos del Sector Público recoge en su apartado c) la prohibición de contratar respecto de aquellas personas que hayan sido sancionadas por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales o por infracción muy grave en materia medioambiental.

la salud pública y ello desde diferentes perspectivas. Se ha apuntado que el inicio de los grandes litigios (*classaction*) contra las empresas de producción y distribución de alimentos, tal y como ocurriera unos años atrás con las empresas tabaqueras, no sólo puede surtir un efecto positivo sobre aquéllas, al incentivar cambios para evitar futuros litigios, sino también en el propio legislador y en la opinión pública. Así, BENJAMIN considera que la litigación es la mejor oportunidad para implementar cambios en la salud pública, teniendo efectos no sólo para la industria alimenticia sino también para los legisladores y el público en general. La litigación permite centrar el debate en la responsabilidad de la industria y al hacerse eco de las conductas y prácticas incorrectas de ésta hacia la salud de los ciudadanos, provoca que sus accionistas y propietarios opten por introducir cambios favorables para la salud pública. Un ejemplo de estos efectos positivos lo encontramos en uno de los principales litigios contra la industria alimenticia, *Pelman v. McDonald's Corp.*, el cual provocó que tanto la industria como los poderes públicos y la opinión pública en general tomara conciencia del problema<sup>57</sup>.

Frente a ello, parece que el Congreso norteamericano se decanta por otras vías de manera que ya se han tramitado algunos proyectos de ley que promueven una limitación de la litigación frente a la industria alimentaria y no sólo por los efectos económicos que pudieran tener, sino también porque se considera que centrar la responsabilidad en la industria supone olvidar que los ciudadanos también deben ser responsables de su alimentación y, por tanto, de su salud<sup>58</sup>. Así pues, parece que en Estados Unidos de América, con gran tradición en la litigación, se opta más por medidas centradas en los consumidores o, al menos, distintas de las que pueda ofrecer la litigación por daños a la salud presuntamente provocados por las productoras y distribuidoras de alimentos.

Por último, junto a las dos categorías en las que hemos sistematizado las diferentes propuestas de políticas de salud pública en orden a promover conductas más saludables podemos añadir una tercera

categoría que se caracteriza, más que por el sujeto sobre el que incide, por el hecho de que pretende modificar los hábitos a través de un cambio del entorno o lo que en el mundo anglosajón se ha denominado “*choice architecture*”, término que haría referencia al entorno en el cual los individuos hacen sus elecciones y adoptan sus hábitos de vida (*community interventions*). Esta categoría de medida creemos que reviste gran interés porque, en muchas ocasiones, al amparo de las políticas de salud pública, sobre todo en tiempos como los que actualmente concurren en los que se promueve la reducción del gasto público, la tentación de los poderes públicos puede ser la de trasladar el problema, bien a los consumidores, bien a los productores y distribuidores, sin desarrollar políticas efectivas de cambio del entorno que, en muchas ocasiones, es el que propicia las conductas poco saludables. Así, se ha apuntado que una de las causas de la epidemia de la obesidad y del exceso de peso que sufre gran parte de la población de los países más prósperos viene provocada por el tipo de urbanismo y construcción desarrollado, sobre todo, en la segunda mitad del siglo XX y que se caracteriza por un modelo que favorece la vida sedentaria con urbanizaciones alejadas del centro de las ciudades y en las que las actividades más cotidianas, como hacer la compra, ir al trabajo, a la escuela, etc., exigen emplear permanentemente el vehículo<sup>59</sup>. Difícilmente pueden tener un efecto positivo determinadas medidas de información, educación, incentivos o prohibición sin cambios en un entorno que no favorece las conductas saludables.

#### 4. CONCLUSIONES

Así pues, como hemos podido comprobar, el Derecho habrá de estar presente a la hora de informar sobre qué medida legal es la más conveniente y oportuna, atendiendo además al principio de proporcionalidad que en este ámbito cobra un protagonismo estelar.

En todo caso, parece que la mejor fórmula es aquella que conjugue medidas tanto centradas en los consumidores como en los productores y distribuidores, siendo importante señalar que la opción exclusiva por estas última puede tener el efecto negativo de no involucrar a los ciudadanos en el propio cuidado

57 BENJAMIN, E., “Public health approaches to obesity: litigation, legislation, and lessons learned”, *Pitt. J. Envtl. Pub. Health L.*, vol. 1, núm. 127, año 2007, p. 137. *Pelman v. McDonald's Corp.*, se considera el *seminal case* en el ámbito de los litigios contra industria alimenticia por razones de obesidad. Vid., también, WEEKS, E.A., “Beyond compensation: using Torts to promote Public Health”, *Journal Of Health Care Law & Policy*, vol. 10, año 2007, pp. 27 a 59.

58 BENJAMIN, E., “Public health approaches to obesity: ...”, *cit.*, p. 141.

59 TARLOCK, D., “Fat and fried: linking land use law, the risks of obesity, and climate change”, *Pittsburgh Journal of Environmental & Public Health Law*, vol. 3, año 2009, p. 32. Vid., también, LOEB, L., “Childhood obesity: ...”, *cit.*, pp. 313 y 314.

de su salud o, en su caso, no responsabilizarles, cuando, como se señaló hace pocos años en Estados Unidos de América cuando se tramitaba la Commonsense Consumption Act of 2007, la cual promovía que los ciudadanos tomaran consciencia del cuidado de su salud, “fostering a culture of acceptance of personal responsibility is one of the most important ways to promote a healthier society”<sup>60</sup>.

GOSTIN ha propuesto cinco criterios para determinar cuándo una específica intervención al amparo de la salud pública puede estar justificada<sup>61</sup>:

- a) Suficiente evidencia científica que permita sustentar que existe un significativo riesgo para la salud pública.
- b) Capacidad razonable de que la medida alcanzará el fin propuesto.
- c) Coste económico razonable en comparación con el beneficio para la salud pública.
- d) Equilibrio entre la limitación de la libertad pública y los probables beneficios.
- e) Y distribución equitativa de los costes y beneficios de la medida.

En todo caso, el desarrollo de políticas públicas que promuevan la salud pública no suponen necesariamente que quede en entredicho el principio de autonomía, ya que como señalara el Juez *Harlan* hace más de cien años en *Jacobson v. Massachusetts*, en la sociedad la libertad depende de la protección de la comunidad<sup>62</sup>.

60 MONTGOMERY, B., “The American Obesity Epidemic: Why the U.S. Government must attack the critical problems of overweight & obesity through Legislation”, *Journal of Health & Biomedical Law*, Suffolk University Law School, Vol. IV, núm. 2, año 2008, p. 389.

61 GOSTIN, L.O., “General justifications for public health regulation”, *Public Health*, núm. 121, año 2007, pp. 829 a 834.

62 La Sentencia del Tribunal Supremo de 1905, caso *Jacobson v. Massachusetts*, constituye el *seminal case* de las vacunaciones obligatorias. En dicho caso, el Tribunal Supremo resolvió acerca de la negativa de un mayor de edad a la obligación de vacunarse frente a la viruela. El Alto Tribunal declaró que la comunidad tiene derecho a protegerse frente a determinados peligros como pudieran ser las epidemias y que, en consecuencia, ello constituye un límite a la libertad de decisión sobre su propio cuerpo que tiene todo sujeto. De este modo, la vacuna obligatoria es congruente con los tradicionales poderes de policía que tiene el Estado. Este caso vino precedido de uno de los mayores ejemplos de movimientos antivacunas que surgieron en Estados Unidos de América. Tal movimiento aparece en el marco de una gran epidemia de viruela que se desató en la ciudad de Boston a principios del siglo XX. Como

A este respecto, RAMIRO AVILÉS y LOBO apuntan con acierto que dichas políticas no sólo pueden no ser lesivas de la libertad civil individual sino que, en ciertas condiciones, pueden ampliarla, ya que la salud es una condición del desarrollo personal en libertad y, además, de gran importancia para el desarrollo socioeconómico pleno de una sociedad<sup>63</sup>. En todo caso, para dichos autores, la acción en salud pública no puede limitarse a programas informativos, educativos y de asistencia sanitaria individual, al considerarse que el establecimiento de prohibiciones y obligaciones por leyes de salud pública no es el remedio adecuado, sino que son imprescindibles ciertas leyes condicionantes de conductas personales para definir unas reglas de juego fundamentales a fin de evitar daños a otros, mantener la autonomía personal y promover el bien y la justicia. Nada impide, además, desarrollar adicionalmente programas informativos, educativos o asistenciales<sup>64</sup>.

Por otro lado, el debate acerca de en qué medida tales políticas inciden en la libertad de las personas queda diluido cuando las mismas tienen como principales destinatarios a la infancia y adolescencia, al no recaer ya sobre seres plenamente autónomos. Hay propuestas que, siendo plenamente aceptables en el ámbito de la infancia, son más discutidas cuando pretenden trasladarse a los mayores de edad<sup>65</sup>. Por ello, centrar gran parte de las políticas de salud pública en la infancia no sólo parece razonable desde la perspectiva del principio de la especial protección de la que son merecedores los menores por su vulnerabilidad, sino también desde el prisma de los problemas que tales políticas pueden tener sobre la libertad de los ciudadanos. Sin embargo, el problema que presenta dicha opción es que los beneficios se producirían a muy largo plazo, cuando parece que el problema no sólo debe ser abordado ya, sino que, además, debería

reacción a las publicaciones de un periodista del Boston Globe que acompañó a las brigadas estatales de vacunación acerca de una supuesta vulneración de los derechos civiles de ciertos ciudadanos (principalmente vagabundos), surge tal movimiento. Vid. VV.AA., “The last smallpox epidemic in Boston and the vaccination controversy, 1901-1903”, *The New England Journal of Medicine*, núm.344, año 2001, pp. 375-379. Vid., igualmente, PALOMINO, R., *Las objeciones de conciencia*, Montecorvo, Madrid, 1994, pág. 346.

63 RAMIRO AVILÉS, M.A. y LOBO, F., “La justificación de las políticas de salud pública desde la ética y la eficiencia económica. Informe SESPAS 2010”, *Gaceta Sanitaria*, número 24, suplemento 1, año 2010, p. 126.

64 *Ibidem*.

65 RIEERS, N.M. y VON TIGERSTROM, B., “Legal interventions to address obesity: ...”, *cit.*, p. 369.

producir algunos efectos en el corto o, en su caso, medio plazo, como se hizo hace unos años con el consumo excesivo de tabaco.

Lo mismo puede plantearse cuando las medidas tienen como principal destinatario a las empresas y no a los consumidores. Ello, obviamente, no significa que el test de proporcionalidad no deba ser aplicado respecto de las personas jurídicas y, específicamente, cuando la limitación incide sobre la libertad de empresa, la cual recordemos se consagra en nuestro ordenamiento constitucional como un derecho fundamental (artículo 38 CE), aunque no con la protección reforzada que implica el acceso al recurso de amparo, y también en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 16). Sin embargo, lo anterior no obsta para reconocer que una medida de salud pública podría encontrar más facilidades desde una perspectiva constitucional para superar dicho test, atendiendo, sobre todo, a cómo opera respecto de las personas jurídicas el principal límite a los límites a los derechos basados en intereses generales, véase, el núcleo esencial.

En definitiva, ciertamente es difícil alcanzar un equilibrio razonable entre la libertad personal y la protección de la salud colectiva, sobre todo, cuando ésta incide en las actividades más cotidianas de la vida. Sin embargo, ello no debe obstar para que, con pleno respeto del principio de proporcionalidad, no pueda avanzarse en políticas que fomenten las conductas de vida saludables, sobre todo, cuando éstas vienen ya avaladas por la evidencia científica. En ello nos va algo tan importante como es la propia sostenibilidad del sistema público de salud.

Para concluir, consideramos importante subrayar tres ideas:

En primer lugar, toda política pública no debe olvidar que la mejor lucha en pro de la salud pública de la colectividad pasa necesariamente, más allá de medidas concretas como las que hemos expuesto, por mejorar las condiciones económico-sociales de la comunidad. Como señala acertadamente la Exposición de Motivos de la Ley General de Salud Pública, *“La búsqueda de la salud debe ser una tarea solidaria y compartida que no reconozca fronteras. Este aspecto cobra singular importancia en el mundo globalizado del siglo XXI, marcado por profundas desigualdades que siguen un patrón social entre países y dentro de los propios países, y hace de la aspiración a la equidad no sólo un fin, sino un medio para lograr una mejor salud para todas las personas. La equidad es*

*al fin y al cabo consustancial a la salud y sólo las sociedades que procuran la igualdad consiguen buenos resultados en salud”*.

Los estudios de salud pública subrayan claramente dicha correlación entre mejora de las condiciones socioeconómicas de vida de los ciudadanos y mejora de su salud, de manera que, por ejemplo, en los países en los que se aprecian menores diferencias entre las clases más ricas y las más desfavorecidas, se obtienen los mejores resultados de esperanza de vida (véanse, por ejemplo, Suecia y Países Bajos). En todo caso, los peores datos de esperanza de vida que se obtienen en los países con mayores desigualdades no sólo vienen referidos a las clases más desfavorecidas, sino también a las clases ricas, de manera que puede afirmarse que la inequidad en la riqueza es perjudicial para la salud tanto de ricos como de pobres<sup>66</sup>.

Sin perjuicio de ello, no debemos olvidar tampoco, desde el prisma socio-económico, que aunque la obesidad afecta a todas las clases, predomina en las personas con bajo nivel social y cultural<sup>67</sup>.

En segundo lugar, que la lucha a favor de las conductas de vida saludable como política de salud pública no puede suponer imputar toda la responsabilidad por el padecimiento de una enfermedad a los individuos porque, si bien es cierto que los estudios indican que los hábitos de vida (sobre todo, la alimentación y el ejercicio físico) tienen una muy importante incidencia sobre el desarrollo de las enfermedades, el que una persona lleve una vida saludable no le aleja necesariamente de la enfermedad, al incidir también factores tales como la predisposición genética o el entorno medioambiental. Así pues, se trataría de impulsar medidas que en ningún caso olviden la consideración y cuidado respecto del que es merecedor todo enfermo con independencia de las razones por las que haya contraído la misma, lo que, además, en muchas ocasiones no es posible determinar con exactitud.

En tercer lugar, que la promoción efectiva de salud pública, ya sea acudiendo a meros instrumentos de información o educación, ya sea, yendo más allá, mediante la prohibición o incentivación de determinadas conductas de vida, debe incorporar también medidas legales que impidan que puede incurrirse

66 ROBERTSON, A., “Health promotion and the common good: Reflections on the politics of need”, en CALLAHAN, D. (Edit.), *op. cit.*, p. 79.

67 MONEREO MEGÍAS, S., IGLESIAS BOLAÑOS, P. y GUIJARRO DE ARMAS, G., *op. cit.*, p. 29.

por parte de la comunidad en posturas próximas al perfeccionismo moral, dando lugar a discriminaciones sociales, lo que normalmente afectará a las clases más desfavorecidas. Se trata de luchar por la salud pública sin caer en lo que se ha denominado fuera de nuestras fronteras, de manera muy ilustrativa, *healthism*<sup>68</sup>.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ASHCROFT, R.E., “Personal financial incentives in health promotion: where do they fit in an ethic of autonomy?”, *Health Expectations*, núm. 14, año 2011
- BANKER, M.I., “I saw the sign: The new Federal Menu-Labeling Law and lessons from local experience”, *Food and Drug Law Journal*, vol. 65, núm. 4, año 2010.
- BENJAMIN, E., “Public health approaches to obesity: litigation, legislation, and lessons learned”, *Pitt. J. Env'tl. Pub. Health L.*, vol. 1, núm.127, año 2007.
- BLUMENTHAL-BARBY, J.S. y BURROUGHS, H., “Seeking better health care outcomes: the ethics of using the “Nudge”, *The American Journal of Bioethics*, vol. 12, núm. 2, año 2012.
- CALLAHAN, D., “Preventing disease, creating society”, *American Journal of Preventive Medicine*, vol. 2, núm.4, año 1986.
- CALLAHAN, D. (Edit.), *Promoting healthy behavior. How much freedom? Whose responsibility?*, Georgetown University Press, Washington DC, 2000.
- CARTER, A. y HALL, W., “Avoiding selective ethical objections to nudges”, *The American Journal of Bioethics*, vol. 12, núm. 2, año 2012.

- FINKELSTEIN, E.A., STROMBOTNE, K.L., CHAN, N.L., KRIEGER, J., “Mandatory menu labeling in one fast-food chain in King County, Washington”, *American Journal of Preventive Medicine*, vol. 40, núm.2, febrero 2011.
- GARCÍA-GOÑI, M. y HERNÁNDEZ-QUEVEDO, C., “The evolution of obesity in Spain”, *Eurohealth*, vol. 18, núm. 1, año 2012.
- GOSTIN, L.O., “A theory and definition of Public Health Law”, *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 10, núm. 1.
- GOSTIN, L.O., “General justifications for public health regulation”, *Public Health*, núm.121, año 2007.
- GUNNESON, C.M., “Why fast food bans are the wrong solution to address America’s obesity problem and what should be done instead”, *Quinnipiac Health Law Journal*, núm. 15, año 2011-2012.
- HILL, B.J., “The constitutional right to make medical treatment decisions: a tale of two doctrines”, Case Western Reserve University, Case Research Paper Series in Legal Studies, Working Paper 07-28.
- LALONDE, M., *A new perspective on the health of Canadians*, Government of Canada, Ottawa, 1974.
- LOEB, L., “Childhood obesity: the law’s response to the surgeon general’s call to action to prevent and decrease overweight and obesity”, *Journal Of Health Care Law & Policy*, núm. 12, año 2009.
- LOEB, L., “Childhood obesity: the law’s response to the surgeon general’s call to action to prevent and decrease overweight and obesity”, *Journal Of Health Care Law & Policy*, núm. 12, año 2009.
- MILLÁN NÚÑEZ-CORTÉS, J. y DEL LLANO SEÑARÍS, J. (Dir.), *Ser Médico. Los valores de una profesión*, Unión Editorial, Madrid, 2012.
- MONEREO MEGÍAS, S., IGLESIAS BOLAÑOS, P. y GUIJARRO DE ARMAS, G., *Nuevos retos en la prevención de la obesidad. Tratamientos y calidad de vida*, Fundación BBVA, Bilbao, 2012.

68 Sobre tal concepto que hace referencia a una presunta nueva ideología que exacerba la promoción de las conductas de vida saludable, haciendo al individuo único responsable de su propia enfermedad, vid., en especial, SKRABANEK, P., *The death of humane medicine and the rise of coercive healthism*, The Social Affairs Unit, St Edmundsbury Press, Suffolk, 1994.



- MONTGOMERY, B., “The American Obesity Epidemic: Why the U.S. Government must attack the critical problems of overweight & obesity through Legislation”, *Journal of Health & Biomedical Law*, Suffolk University Law School, Vol. IV, núm. 2, año 2008.
- NOONAN, K., , SELL, K., MILLER, D. Y RUBIN, D., “Government purchasing to improve public health: theory practice and evidence”, Public Health Law Research, Robert Wood Johnson Foundation, 2013.
- RAMIRO AVILÉS, M.A. y LOBO, F., “La justificación de las políticas de salud pública desde la ética y la eficiencia económica. Informe SESPAS 2010”, *Gaceta Sanitaria*, número 24, suplemento 1, año 2010.
- RIES, N.M., “Legal and policy measures to promote healthy behaviour: using incentives and disincentives to control obesity”, *McGill Journal of Law and Health*, vol. 6, núm. 1, año 2012.
- SERRANO RÍOS, M., ORDOVÁS, J.M. y GUTIÉRREZ FUENTES, J.A., Obesity, Eselvier, Barcelona. 2011.
- SKRABANEK, P., *The death of humane medicine and the rise of coercive healthism*, The Social Affairs Unit, St Edmundsbury Press, Suffolk, 1994.
- STARFIELD, B, SHI, L. y MACINKO, J., “Contribution of primary care to Health Systems and health”, *The Milbank Quaterly*, vol. 83, núm. 3, año 2005.
- TARLOCK, D., “Fat and fried: linking land use law, the risks of obesity, and climate change”, *Pittsburgh Journal of Environmentak& Public Health Law*, vol. 3, año 2009.
- THALER, R. y SUNSTEIN, C.R., *Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness*, Yale University Press, New Haven & London, 2008.
- WANLESS, D., *Securing our future health: Taking a long-term view*, HM Treasury, abril, 2002.
- WEEKS, E.A., “Beyond compensation: using Torts to promote Public Health”, *Journal Of Health Care Law & Policy*, vol. 10, año 2007.
- WISE, J., “Tsunami of Obesity threatens all regions of World, data show”, *BMJ*, núm.342, año 2011.
- WOOLF, S.H. y ARON, L. (Eds.), *U.S. Health in International Perspective: Shorter Lives, Poorer Health*, The National Academies Press, Washington, DC, 2013.



# **LA TEORÍA DEL “CUERPO ÚNICO” EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL PERSONAL ESTATUTARIO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 21 de marzo de 2012, Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2013 y otros pronunciamientos posteriores.**

*Manuel Beato Espejo*  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Extremadura*

**SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Punto de partida de la Sentencia de instancia: la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. 3. La conformación del “Cuerpo Único” en el Sistema Nacional de Salud: el Tribunal Supremo en el recurso de casación planteado por la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. 3.1 Inadmisión. 3.2 Normas infringidas según la Sentencia: artº 23.2 de la Constitución española, el “acceso único”, y artº 37 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, el “traslado” como alternativa única. 3.3 Ordenamiento jurídico aplicable y protección de los principios de “exigencia implícita” y del “requisito negativo” como elementos de “la lógica del sistema”. 3.4 Jurisprudencia que sirve de apoyo a la Sala. 4. Cambio de criterio en el Tribunal a quo. 5. Reflexión final: otros pronunciamientos posteriores. 6. Bibliografía.**

## **RESUMEN**

Comentario a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el “acceso único” a la condición de Personal estatutario de los Servicios de Salud: El “Cuerpo único” y su aplicación al funcionario de carrera.

## **PALABRAS CLAVE**

Personal estatutario. Acceso único. Cuerpo único.

## **ABSTRACT**

Comments to the jurisprudence of the Supreme Court on the “unique access” to the condition of statutory staff members of the Health Services: “Single Corps” and its application to the career civil servant.

## **KEY WORDS**

Statutory staff. Unique access. Single Corps.

## **1. PLANTEAMIENTO**

La lectura de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 21 de marzo de 2012, Recurso 220/2010) que nos parece impecable<sup>1</sup>, nos sitúa, en materia de Función Pública, en la realidad jurídica del presente: aquella que nos muestra que las Comunidades Autónomas han recibido competencias de la Administración del Estado, que a ellas se unen los medios personales y materiales necesarios para ejercerlas y que, para ello, se organizan administrativamente en aras a su autonomía.

---

<sup>1</sup> Revisada, no obstante, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2013, que comentamos.

En esta tarea, el personal que prestaba sus servicios en la Administración General del Estado (AGE) pasaba a integrarse en la Administración de la Comunidad Autónoma de destino<sup>2</sup>, además, esta estructuraba sus Cuerpos, Escalas y Especialidades y empezaba a incorporar personal propio, el seleccionado con sus propios medios, una vez fueron aprobadas sus correspondientes leyes de la Función Pública<sup>3</sup>.

En este largo camino, se barajaron, con esperanza, dos realidades; una, que la movilidad<sup>4</sup> del personal existentes, el de la AGE, fuera plena a través de todas las Comunidades Autónomas y dos, que aquella seleccionara al personal de éstas. Ninguna prosperó por razones obvias de entonces

2 Entonces se decía: “Me acuesto siendo funcionario del Estado y me levanto siéndolo de la Comunidad Autónoma de...”. Bien es verdad que se “inventó” lo del “doble casco”; es decir, soy funcionario de las dos Administraciones y, por tanto, puedo volver a la del Estado porque sigo estando “en activo” en ella. La pregunta ha sido y sigue siendo: ¿cómo y cuándo? Véase Resolución de 21 de junio de 2007 que publica las Instrucciones del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, de 12 de abril (EBEP) en la nº 11 b) 2º.

3 Es importante recordar ahora, aunque con trascendencia en todo el trabajo, el pronunciamiento del Tribunal Supremo (TS) en su Sentencia de 11.06.08 (Recurso 1054/2005) F.j.5, cuando acude al art. 24.2 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico y a la Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) nº 76/1983, de 5 de agosto (F.j. 40), que dice: “La integración como funcionarios propios de las Comunidades Autónomas de los funcionarios transferidos no implica la pérdida de tales derechos, sino la obligación de las Comunidades Autónomas de asumir las responsabilidades que frente a ellos le correspondían al Estado. Así lo establecía con toda claridad el artículo 25.1 de la citada Ley, en el que se establece que:...” “En él (art. 24.2 citado) se establece la forma de garantizar a los funcionarios estatales transferidos que pertenezcan a Cuerpos y Escalas, los derechos adquiridos de cualquier orden y naturaleza, que poseyeran en el momento de la transferencia... esta garantía implica en relación con estos funcionarios el mantenimiento de su situación estatutaria; de aquí que el precepto les reconozca los mismos derechos económicos, de carrera y profesionales que correspondan a los funcionarios en servicio activo de los Cuerpos y Escalas de que procedan”. Recordemos, también, el criterio de la misma Sala 3ª, Sección 7ª, en su Sentencia de 05.10.04 (Recurso162/1999) F.j. 2, cuando dice: “Hay que añadir a lo anterior que el art. 25 de la Ley 12/1983, del Proceso Autonómico, de 14 de octubre, establece con toda claridad que los funcionarios transferidos –como es el caso de los Sanitarios Locales- se integran como funcionarios propios de las Comunidades Autónomas de las que dependerán orgánica y funcionalmente y que el art. 12 del Reglamento de Situaciones Administrativa aprobado por Real Decreto 730/1986 indica taxativamente que los funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas se integran plenamente en la organización de la Función Pública de las mismas y su situación es la de servicio activo en ella”. Véase, art. 88.2 párrafo 3º del EBEP.

4 Véase, Documentación Administrativa nº 204, Abril-junio de 1985, págs. 261 a 268.

y de ahora<sup>5</sup>. Es más, las diferencias de regímenes jurídicos, en materia de personal, entre los Cuerpos y Escalas de las distintas Comunidades Autónomas fueron cada vez más evidentes.

Ante ese, negativo, esquema de dispersión dentro del Estado se produce un movimiento de unificación dentro de cada Comunidad Autónoma;<sup>6</sup> pero, con la perspectiva del tiempo y la experiencia adquirida, surge en ciertos colectivos de funcionarios la conciencia de que la unidad de régimen dentro del Estado les hace más fuertes en la tarea de no perder los derechos ya consolidados<sup>7</sup>.

Así ocurre con el Personal Estatutario de los Servicios de Salud del Sistema Nacional de Salud (SNS). Su reconocimiento definitivo se produce con la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico de Empleado Público (EBEP) [antes se había visto reflejado en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP)<sup>8</sup>] que le reconoce un régimen específico sin llegar, por eso, a la consideración de Cuerpos nacionales o estatales. Sabemos que desde su origen (cambio de los “viejos” Estatutos al

5 Algo parecido se planteó, más tarde y sobre la misma materia, entre las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales de su territorio. Tampoco prosperó.

6 Por las respectivas Leyes de Función Pública de cada Comunidad Autónoma se crean Cuerpos y Escalas de funcionarios y Grupos y Categorías de Personal laboral regulados, hasta entonces, por los distintos Convenios Colectivos suscritos por cada Administración autonómica y las Organizaciones Sindicales de su territorio.

7 HERNÁNDEZ YÁÑES, Juan F: “Políticas de personal en el Sistema Sanitario Público”, Instituto de Estudios Fiscales, 2005, pp. 296-297. dice: “Desde el punto de vista de las políticas de personal, el proceso de descentralización territorial es ante todo un proceso de diferenciación. Cuando se producen las transferencias sanitarias y cada servicio de salud establece y aplica con amplios grados de libertad sus propios marcos laborales, tan inevitable es que cada servicio establezca sus propias políticas y desarrollos, como que el personal de unos servicios se comparen con los demás y eso (ambas cosas) es lo que está sucediendo actualmente. Y se pregunta el autor: ¿Por qué resulta más importante para un empleado de un servicio de salud compararse con el par de otra Comunidad Autónoma, que con el impar del mismo servicio de salud?, ¿Por qué cuando se producen las transferencia sanitarias a las últimas 10 CCAA... todos los servicios de salud lo primero que hacen es negociar con los sindicatos la aplicación de complementos retributivos para la homologación de retribuciones con el promedio nacional?” Por qué no se compara, preguntamos nosotros, con sus iguales de la Comunidad Autónoma de destino. Véase PÉREZ GÓMEZ, José Mª y PÉREZ LÓPEZ, Roberto: “Régimen Jurídico del Personal estatutario del Sistema Nacional de Salud”, Derecho y Salud, Vol,13, núm.2, 2005, pp. 187-188.

8 Art. 1.2, Disposición adicional novena y Disposición transitoria cuarta.

nuevo Estatuto y transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas) este Personal se estructura en Cuerpos comunitarios o autonómicos<sup>9</sup>.

Cuando comienza la sistematización del régimen jurídico de este Personal, se hace dentro de unos parámetros de acercamiento que le permite ser más uniformes en el seno de su Empresa, su nueva empresa, que es, son, todas y cada una de las Administraciones Públicas a las que ya estaba transferido.

La especificidad de este régimen jurídico se detalla hoy con cierta confusión, en el art. 2.3 del EBEP<sup>10</sup> y se manifiesta, al menos, en las siguientes cuestiones: una, que este Personal está incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley y por ella se rige, con las citadas excepciones; dos, que se rige, también por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y tres, que cada vez que este Estatuto hace mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el Personal estatutario de los Servicios de Salud.

La estructura del SNS a partir de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) y su desarrollo en materia de personal en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (EM), tal vez, llevan a pensar que el personal transferido a las Comunidades Autónomas con los correspondientes Decretos de Transferencia en materia de Sanidad, sigue siendo, exclusivamente, personal de la AGE; creemos que no. Es también, sin duda, personal al

---

9 Sobre las características de los llamados “Cuerpos nacionales”, véase la STC 224/2012, 29 de noviembre, en especial, su Antecedente 6 b) y el F.j.5, que destacan “... la necesidad de un régimen jurídico común en todo el territorio nacional, no sólo en lo relativo a los elementos normativos materiales sino también, y para garantizar la existencia de un efectivo régimen homogéneo, la reserva a instancias comunes de actos típicamente ejecutivos que resulten esenciales o imprescindibles a tal carácter nacional”.

10 El personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto por lo dispuesto en los artículos 16 al 20 (Capítulo II del Título III) “Derechos a la carrera profesional y a la promoción interna”, menos el art. 20 “Evaluación del desempeño” (que se aplica) y excepto, también, por lo dispuestos en los artículos 22.3 y 24, “retribuciones complementarias”, y 84 “Movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas”. Sobre el proceso de consolidación de este régimen especial, véase, SALA FRANCO, Tomás: “Las incógnitas del Estatuto Marco”, Derecho y Salud, Vol. 13, núm.1, 2005, pp. 52-53. ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel: “Estatuto Marco y Estatuto Básico”, REDA, núm.148, 2010, pp. 728-733 (También, en Derecho y Salud, Vol. 21, núm. 2, 2011, pp. 59-66).

servicio de las Comunidades Autónomas a las que ha sido transferido con plena vinculación dentro de su ámbito. Cosa distinta es que al aprobarse las normas citadas (las reguladoras del régimen jurídico de ese Personal) las Comunidades Autónomas, además de regular la “especificidad”, hayan cedido (coordinado en la acción) ciertas competencias en determinados ámbitos<sup>11</sup>.

El estudio del EBEP y de las respectivas leyes de las Comunidades Autónomas en materia de Función Pública; especialmente, en este caso, de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León (LFPCL), por una parte, y del EM y de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León (EJPECL) modificada por la Ley 1/2008, de 27 de marzo, por otra parte, así como de las normas que las desarrollan; nos llevan a afirmar que este Personal está integrado en las Administraciones Públicas de las Comunidades Autónomas a las que han sido transferido o a las que después han accedido y se rigen tanto por la legislación básica del Estado como por la legislación específica de sus Comunidades Autónomas.

Recordemos el Dictamen del Consejo de Estado nº 1492/2003, emitido por la Comisión Permanente el 14 de mayo de 2003 sobre el Anteproyecto del Estatuto Marco que, sobre este punto, dice: “*El proyecto invoca, en la Exposición de Motivos y en la disposición final primera, el artículo 149.1.18º de la Constitución... bases del régimen estatutario del personal... Ello es plenamente acertado cuando la principal novedad del proyecto consiste en hacer desaparecer el carácter de tertium genus que este personal ha tenido históricamente y, además, cuando, completado el proceso de transferencias de competencias en materia de sanidad a las Comunidades Autónomas, el personal sanitario ha dejado de depender de la Administración del Estado a través del INSALUD y otras instituciones sanitarias públicas, lo cual hace necesario, desde el punto de vista de la oportunidad, determinar el contenido de “las bases” de lo que hasta la fecha era derecho estatal de aplicación exclusiva (antes de las transferencias) o supletoria (después de las transferencias) del cual había de “extraer” las bases por interpretación*”.

---

11 Ocurre de forma similar en otros Cuerpos de las Administraciones Públicas en cuanto a traslados, régimen disciplinario, colaboración en la gestión, etc; fruto de las relaciones entre Administraciones Públicas.

Con estos fundamentos, procedemos al estudio de las Sentencias citadas con la pretensión, por una parte, de analizar la cuestión central de sus decisiones, aportando argumentos jurídicos a los pronunciamientos del Tribunal Supremo (TS), que en este punto no compartimos, dicho con todo respecto; y, de otra parte, elevando el punto de mira, llegar a unas consideraciones generales que afectan, no sólo, al Personal Estatutario de los Servicios de Salud del Sistema Nacional de Salud (SNS), sino también a todos los funcionarios de carrera en su legítima aspiración a la promoción profesional. Ello, si como dice la Sala 3ª, Sección 7ª, el acceso a la Función Pública es “único”, la incorporación del ciudadano a la Función Pública, cuando procede, es a un “cuerpo único” y no es admisible, en Derecho, la “adquisición múltiple” de la condición de funcionario de carrera.

Hay que decir, ya, que esta jurisprudencia nos traslada a otros escenarios, sin duda, añorados por los funcionarios públicos, sobre todo, al principio del camino iniciado con los procesos de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas, que tal vez no debimos dejarlo y sobre el que no volveremos.

## 2. PUNTO DE PARTIDA DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA: LA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN.

Es necesario partir de este punto no ya por coherencia jurídica sino por el contrapunto que supone para el pronunciamiento del TS en el análisis jurídico de los hechos.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (TSJCL), conoce del recurso interpuesto por Doña Esther (aspirante a una de las plazas convocadas por la Orden de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, la SAN/947/2008, de 29 de mayo, para acceso a la condición de personal estatutario fijo, en plazas de Matróna, del Servicio de Salud de dicha Comunidad<sup>12</sup>) contra la Resolución de 20 de febrero de 2009 del Gerente de Salud de Área de Ávila, recurrida en alzada, sin éxito, según Resolución del Director-Gerente

<sup>12</sup> Mediante esta Orden se convoca un concurso-oposición para cubrir un número determinado de plazas por turno libre y por promoción interna y con un 3 % de reserva para discapacitados. Al final, todas se cubren por el turno libre acumulándose a él las ofertadas en los otros turnos.

de la Gerencia Regional de Salud de 11 de junio de 2009.<sup>13</sup>

La recurrente fue excluida del proceso selectivo; suponemos que a través de las listas de admitidos y excluidos, en su día, publicadas<sup>14</sup>.

Decimos suponemos, porque según nos consta, la lista provisional de admitidos y excluidos se publica en el Boletín Oficial de Castilla y León (BOCYL) nº 153 de 8 de agosto de 2008, mediante Resolución de 30 de julio de 2008 y la lista definitiva se publica en el mismo Boletín, nº 175 de 10 de septiembre de 2008 por Resolución de 1 de septiembre de 2008.

Es necesario, por tanto, dejar constancia de dos hechos: uno, que entre las causas de exclusión, que se citan, no aparece el motivo que fundamenta el recurso (la de tener o no la condición de personal estatutario fijo) dado que no era un requisito exigible a los aspirantes<sup>15</sup> y, dos, que el tribunal de las pruebas selectivas aplica, con efecto retroactivo, la Orden ADM/1757/2008, de 24 de septiembre, de la Consejería de Administración Autonómica<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Con la misma fecha, el mismo Tribunal y la misma Sección, dicta otra Sentencia (Recurso 927/2010) con idéntico pronunciamiento y partiendo de los mismos hechos (la misma Orden SAN/947/2008, de 29 de mayo). Fue también casada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de marzo de 2013, con similares pronunciamientos. Sobre la misma convocatoria dicta otras (dos de 31.05.12 -Recurso 925/2010 y 783/2010- que fueron anuladas por la misma Sala del TS en Sentencias de 13.12.12 -Recurso 3112/2012- y de 25.11.13 -Recurso 3113/2012-). Citaremos otras sobre convocatorias de fechas próximas, sobre el mismo asunto, que corrieron la misma suerte.

<sup>14</sup> Las resoluciones recurridas son, pues, respuesta a actuaciones de oficio de la Administración recurrente o del tribunal calificador o a instancia de la interesada.

<sup>15</sup> Véase la Base segunda, “requisitos de los aspirantes”, punto 2.1: “Para ser admitido... deberán reunir los requisitos siguientes: a) Nacionalidad, b) Edad, c) Título, d) Capacidad funcional y e) No haber sido separado de cualquier servicio o Administración Pública”.

<sup>16</sup> Esta Orden, modificada por otra de la misma Consejería, la SAN/1253/2008, de 4 de julio, que establece las bases comunes que regirán la gestión de los procesos selectivos del personal derivados de la Oferta de Empleo Público de la Administración de la Comunidad de Castilla y León para el año 2008 (BOCL nº 199 de 15.10.08); en su Base cuarta, “Requisitos de los aspirantes”, impone, además de los señalados en la nota 15, uno más: el f), “No pertenecer al mismo cuerpo, escala, categoría profesional o especialidad a cuyas pruebas selectivas se presenten”. Teniendo en cuenta su ámbito de aplicación, tanto temporal como material, el Tribunal de instancia dice, sin más, que no la considera aplicable. Sin embargo, en otro caso análogo, entra en su análisis con los siguientes argumentos, que compartimos: 1º. Que ni el EBEP ni el EM, ni el EJPECL, establecen ese requisito negativo. 2º. “Ha de significarse... que las bases de una convocatoria constituyen la ley del concurso, que por tanto obligan... a la Administración convocante...” y 3º. Que dicha Orden es

El Fundamento jurídico segundo de la Sentencia dictada (la de 21 de marzo de 2012) fija, correctamente, el hecho objeto de debate: “... *si la exclusión de que ha sido objeto... es o no conforme con el ordenamiento jurídico*”, apuntando que el motivo de exclusión se centra en “... *el acierto de emplear la base cuarta de la Orden ADM/1757/2008, que aprueba unas bases comunes y sobre la interpretación que se debe dar a los términos mismo cuerpo, escala, categoría profesional o especialidad utilizados en la referida base común*”.

Partiendo de ahí, sienta, como hecho cierto, que entre el Cuerpo, Escala, Categoría profesional y Especialidad que ocupa la recurrente (en el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Madrid) y aquel al que pretende acceder (el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Castilla y León) no hay identidad<sup>17</sup>; no hay “... *una perfecta identidad...*”, dice.

Creemos que puede haber identidad de contenido en la función que se ejerce pero no tiene que ser Cuerpos necesariamente idénticos; pueden, incluso, regularse por regímenes jurídicos similares, pero no tiene que ser Cuerpos necesariamente idénticos. Desde luego, como señala la Sala, son Cuerpos distintos porque están insertos en Organizaciones distintas: la Comunidad Autónoma de Madrid y la Comunidad Autónoma de Castilla y León<sup>18</sup>.

---

promulgada con posterioridad a la convocatoria recurrida “... y por tanto y so pena de vulnerar el principio de seguridad jurídica no podría incidir en un proceso selectivo que fue objeto de convocatoria en virtud de un acto administrativo anterior”. Véase, STS de 15.11.13 (Recurso 2185/2012) que en los FF.jj. 2 y 3 dice: “*Como se sostiene por el recurrente... el motivo debe prosperar... (por) ... la falta de cobertura normativa de la base incluida en el apartado 2.1, in fine, inciso a), que exige estar en posesión del permiso de conducir...*”. También expresa que, en aras al denominado “juicio de aplicabilidad” al caso de las normas –estatal o autonómica– que corresponda, en el Derecho autonómico de La Rioja “*solo el artículo 26.2 del Decreto 2/2011, de 14 de enero, de selección de personal estatutario y provisión de plazas y puestos de trabajo del Servicio Riojano de salud deroga al Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, y contempla como posibilidad, que se exija el requisito relativo a la tenencia del permiso de conducir, pero se trata, como también razona el recurrente, de una norma dictada con posterioridad a la convocatoria combatida, que entró en vigor el 20 de enero de 2001 y que, por ello, no resulta aplicable al caso que enjuiciamos*”. Y sigue diciendo en el F.j.5: “*En tal caso la exigencia de un requisito como el que se discute resulta carente de la adecuada cobertura normativa, legal o reglamentaria, que lo justifique lo que nos conduce a estimar el motivo y casar la sentencia recurrida*”. Véase, también, las SSTSJCL de 12.06.12 (Recurso 2692/2008) F.j.2, y la de 29.06.12 (Recurso 936/2010) F.j. 1.

17 Son Cuerpos distintos, sin duda alguna.

18 El TC en su Sentencia nº 77/1990, de 26 de abril, F.j.3,

Como muy bien señala este Tribunal, el argumento que apunta la Administración recurrente, de posible desorganización del Servicio tiene pleno sentido en el supuesto de acceso a otra plaza de la misma Administración Pública; o sea, si un funcionario o personal estatutario dejara su plaza vacante por haber accedido a otra plaza del mismo Servicio de Salud; pero, el argumento pierde consistencia si se trata de acceder a una plaza o puesto de trabajo de otro Servicio, salvo que la responsable de uno y otro fuera la misma Administración Pública<sup>19</sup>; lo que aquí no ocurre.

Los argumentos jurídicos en los que la Sala apoya su decisión son plenos. De la lectura del art. 36 del EM sólo puede deducirse que es la Administración autonómica la que convoca las plazas (que identifica con su número y características y cuenta con la dotación necesaria), se anuncia en su Boletín Oficial, establece el procedimiento de selección en razón al contenido de las funciones a realizar por el seleccionado, fija unas bases que le vincula (con el Tribunal que designa), es ella quien ha de resolver los conflictos que surjan en su aplicación, especifica las condiciones y requisitos que deben reunir los aspirantes, así como las pruebas y programas que deben superar y, por último, será ella quién le nombre como personal estatutario fijo y no puede ser nada más que con sus propios efectos<sup>20</sup>.

---

dice: “... *este Tribunal ha venido sosteniendo que la igualdad o desigualdad entre Cuerpos de funcionarios y, en general entre estructuras que son creación del Derecho, es resultado de la definición que este haga de ellas, es decir, de su configuración jurídica: por ello... la discriminación, de existir, resultará solo del hecho de que la Administración aplique criterios de diferenciación no objetivos ni generales*”. “... *tampoco basta con que las tareas asignadas a dos Cuerpos distintos sean reglamentariamente definidas en términos análogos o casi idénticos, ya que es obvio que esa definición se hará siempre por referencia a las estructuras administrativas en que dicho funcionario se inserte*”. “... *se trata (en el caso que se plantea) de Cuerpos diferentes, dependientes de distintos Ministerios y con sistemas de acceso y especializaciones distintas*”. El mismo Alto Tribunal en su Sentencia nº 29/1987, de 6 de marzo, F.j. 54, dejó dicho que “... *la diferenciación puede venir determinada por la propia situación de hecho o por la jurídica o porque el legislador normativamente, de modo justificado y razonable anude, a la situación diferenciada, distinto trato, porque la igualdad no es una realidad ni un concepto matemático, abstracto, sino tratamiento desigual de lo desigual o igual de lo parecido o semejante*”.

19 Organismos Autónomos integrados en la misma Administración Pública territorial.

20 El art. 32 del EM dice, en su apartado 3º, que en el nombramiento se indicará el ámbito al que corresponde, conforme a lo previsto en la convocatoria y en las disposiciones aplicables en cada servicio de salud. Y, como antes ha dicho su art. 29.2, la selección del personal se realizará “mediante el procedimiento que en cada servicio de salud se establezcan”.

Pero, además, es determinante el contenido del apartado 5 del mismo art. 30 del EM que establece los requisitos que han de reunir los aspirantes en los procesos de selección de personal estatutario fijo y son, exactamente, los que recoge la convocatoria de la que parte este proceso<sup>21</sup>.

Concluye, pues, el Tribunal que los elementos definidores de la plaza de origen de la aspirante y los de la que aspira a ocupar son distintos. No entra, ni es necesario que entre, en si son distintos en cuanto al Cuerpo que ocupa, que lo son, y por ende en cuanto a Escala y Especialidad, pero sí determina que son distintas en cuanto a la Administración Pública en la que se integran una y otra plaza.

Como el TS, en casación, al negar el acceso abre la puerta del traslado, como alternativa, hacemos un paréntesis, justificado como veremos, para preguntarnos: ¿Qué criterio general de provisión, de los previstos en el art. 29 del EM<sup>22</sup>, se quiebra con facilitar (no impedir) el acceso del personal estatutario a una plaza de cualquiera de los Servicios de Salud del SNS? Creemos que ninguno; al contrario, se permite que el Servicio convocante tenga la posibilidad de integrar a los mejores, en cuanto capacidad y méritos, y se facilita la carrera administrativa de este personal mediante un sistema más abierto que la promoción interna, el concurso de traslado o la libre designación<sup>23</sup>.

Cada Servicio de Salud puede convocar su concurso de traslado, para cubrir sus puestos vacantes, permitiendo la participación de personal estatutario fijo de los demás Servicios de Salud, “en las mismas condiciones y requisitos” que el personal propio<sup>24</sup>.

Este proceso de movilidad voluntaria exige que el Ministerio de Sanidad, previo informe de la Comisión de Recurso Humanos del SNS, homologue las distintas clases o categorías funcionales de personal estatutario. Dicho de otra manera, no todas las categorías profesionales (Matronas en nuestro caso) son

21 Los señalados en la nota 15. El art. 29 del EJPECL establece los mismos cinco requisitos.

22 Que está dentro del capítulo VI: mérito, capacidad, movilidad, promoción internas, etc.

23 No son pocas las convocatorias de acceso a una Administración Pública o de traslado entre ellas que limitan (reducen) la puerta de entrada; lo que consideramos un error desde el punto de vista de la gestión. La captación de los mejores siempre es un acierto.

24 Es decir, sin primar a los suyos o, como dice el apartado 1º del art. 37 EM, “en términos de igualdad efectiva”.

“perfectamente idénticas”, sino que exige una equivalencia que garantice el adecuado ejercicio de las funciones a cubrir tras la toma de posesión en virtud del concurso de traslado.

Pero, sobre todo, debemos decir, como apunta el Tribunal de instancia remitiendo al art. 36 del EJPECL, que este sistema de provisión de puestos de trabajo está previsto para el personal del propio Servicio de Salud que se abre a personal de la misma categoría y especialidad del resto de los Servicios de Salud<sup>25</sup>. Sabemos, no obstante, que, a veces, se convocan concursos de traslado interno, previos, sin opción a terceros.

Cerramos el paréntesis diciendo que el art. 27 de esta Norma (que regula los sistema de acceso: oposición, concurso y concurso-oposición) no establece los criterios de apertura y acercamiento planificados y previstos para el concurso de traslado; pero, por su naturaleza, son de carácter general y abiertos a todos los ciudadanos<sup>26</sup>.

Desconocemos las alegaciones de la demandante relativas a las posibles infracciones de las leyes que se citan, pero consideramos que por el hecho de acceder a las plazas que se convocan no pueden quebrarse los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad<sup>27</sup>; ni tampoco ningún principio legal de los establecidos en el art. 55.2 del EBEP o en el 29.1 del EM.

### 3. LA CONFORMACIÓN DEL “CUERPO ÚNICO” EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD: EL TRIBUNAL SUPREMO EN EL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN.

25 Este instrumento evidencia uno de los criterios de acercamiento previstos en el EM. Como señala su Exposición de motivos, apartado III, párrafos 4 y 5, la cohesión y coordinación del SNS se alcanza a través de los principios de libre circulación y movilidad del personal consagrado en el capítulo VII. La adquisición de la condición de personal estatutario, mediante la selección y la promoción interna, se regula en los capítulos V y VI.

26 Ver el art. 31 del EM. Recordemos que la movilidad es, también, un derecho de todos los funcionarios públicos; véase la Exposición de motivos del EBEP y los artículos 81 y 84.

27 Véase STC nº 293/1993, de 18 de octubre, F.j. 4, que centrándose en el art. 23.2 CE dice: “Dicho precepto, al reconocer a los ciudadanos el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes, concreta el principio general de igualdad en el ámbito de la función pública”.



### 3.1 Inadmisión

En aras a lo dispuesto en el art. 86.2 a) de la Ley de 29/1998, de 17 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativo (LJCA) -que acepta el recurso de casación contra las Sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, en materia de personal, en el supuesto de que esté en juego el nacimiento o extinción de la relación de servicios de los funcionario de carrera- la Sección 7ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (TS) en trámite de sentencia (art. 95.1 LJCA)<sup>28</sup> debió resolver la inadmisión del recurso interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y, por tanto, su desestimación, por las razones que a continuación señalamos: unas de carácter formal y otras de orden material.

Anotamos, antes, que no es la razón de este trabajo plantear la cuestión desde esta perspectiva; creemos, sin embargo, que es de interés presentar las razones de fondo que encierra la jurisprudencia que se cita.

A. Entre las primeras [descritas en el art. 92.5 d) de la LJCA, en relación con el 93.2, apartados b) y d) y con el 88.1 d) que es el precepto en el que se ampara la recurrente<sup>29</sup>] podemos citar, sin ánimo de profundizar, las siguientes:

a) Que las citas que se hacen no guardan relación alguna con la cuestión debatida, como se deduce de la simple lectura de ambas sentencias. En la recurrida los motivos impugnatorios son: el acierto en emplear la base cuarta de la Orden ADM/1757/2008 y la interpretación que se debe dar a los términos “mismo cuerpo, escala, categoría profesional o especialidad” utilizados en la referida base común; sin embargo, en casación el motivo es que se ha infringido el art. 23.2 de la CE y el art. 37 del EM.

Como vemos, la Sentencia del TS no menciona la Orden citada y no hace ningún intento de explicar cómo afecta al caso pertenecer al mismo cuerpo, escala, categoría y especialidad. Ni tan siquiera intenta aclarar si tal identidad se refiere al mismo Servicio de Salud o a Servicios distintos. Tampoco lo argumenta la Administración recurrente.

<sup>28</sup> Véase, entre otras, SSTC 50/1991, de 11 de marzo, F.j.3 y la 90/1987, de 3 de junio, F.j.1 y SSTS de 26.11.09 (Recurso 3130/12004) F.j. 3 y tres de 17.12.09 (Recurso 2166/2004, 2725/2004 y 3127/2004) F.j 3 en todas.

<sup>29</sup> F.j. 1 párrafo 4º.

El art. 37 del EM aparece una vez en la sentencia recurrida y, lo hace, para señalar que después de acceder a la Función Pública el funcionario tiene derecho a la movilidad entre las Administraciones Públicas. Obvio. No se plantea en confrontación con el acceso, dentro del hecho en conflicto.

El art. 23.2 CE tampoco entra en juego en la sentencia recurrida. Es más, con los elementos normativos que aparecen en el caso, impedir el acceso a la Función Pública de la aspirante es contrario al art. 23.2 CE. Recordemos su contenido: Todos los ciudadanos “*tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*”.

Con esta visión, conviene citar lo que señala el TS en su Sentencia de 11 de diciembre de 2013 (Recurso 355/2011): “... esta Sala... niega la posibilidad de que en sede de un recurso de casación se introduzcan cuestiones nuevas, no planteadas en la instancias (por todas, sentencia de 16 de enero de 1995, 26 de enero y 12 de mayo de 1999 y 30 de enero de 2001)”. “... queda vedado un motivo casacional que, al amparo del artículo 95.1. 4º de la anterior Ley de la Jurisdicción, suponga el planteamiento por el recurrente de cuestión nueva que no haya sido suscitada en la instancia y que, por consiguiente, no haya sido objeto de controversia ni de decisión en la sentencia recurrida...”. F.j. 5.<sup>30</sup>

Por coherencia, véase lo que señala el ATS de 7 de abril de 1999 (Recurso 518/1997): “*Del examen del escrito de interposición del recurso se puede afirmar que su único fundamento es la impugnación de la valoración de los hechos y la apreciación que de los mismos ha efectuado el Tribunal de instancia*”. F.j. 1.

b) Que el motivo de casación [art. 88.1 d) LJCA] no explica, con claridad, cómo incide en la Sentencia recurrida la infracción que se denuncia: la de los citados artículos 23.2 CE y 37 EM. Juicio de relevancia.

Lo veremos en los argumentos que, después, se presentan, aunque avanzamos algunos:

1. El fijado por la misma Sala y Sección en la Sentencia de 23 de febrero de 2011 (Recurso 6679/2009) F.j.3, que afirma que deben delimitarse “*con claridad los concretos reproches que dirige a la sentencia recurrida*” y debe incluir un desarrollo

<sup>30</sup> La Sala da dos razones que no es necesario reproducir.

argumental para intentar defenderlos. Dicho de otra manera, como hace la misma Sala y Sección en sus dos Sentencias de 3 de diciembre de 1993 (Recurso 9456/1993 y 9457/1993): “debe inadmitir el recurso si no se explica “con claridad” en qué modo incide en la sentencia recurrida la infracción que denuncia”.

2. Recordando lo que el TS [Sentencia de 2 de junio de 2000 (Recurso 6733/2000) F.j.2], dice para no acoger el motivo invocado en casación y señalar que el recurrente no demuestra que se haya vulnerado o infringido el ordenamiento jurídico: “... en los razonamientos que expresa el recurrente, ni centra debidamente el problema jurídico planteado, ni enerva la razón de decidir de la Sentencia que impugna”. “... ninguna norma legal o reglamentaria impone una decisión contraria a la adoptada por el tribunal de instancia”.

3. Viendo la STS, de la misma Sala y Sección, de 16 de marzo de 2000 (Recurso 3661/1996) F.j. 3 que dice: “En dicho escrito no se justifica en qué medida la infracción de la norma no emanada de órganos de la Comunidad Autónoma... haya sido relevante y determinante del fallo de la sentencia de instancia”.

4. La STS de 26 de noviembre de 2009 (Recurso 3130/2004) F.j.3, que dice: “... procede entrar a considerar si el recurso de casación interpuesto era admisible... siempre que (la infracción de las normas) hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora”. “... el art. 86.4 de la LJCA... obliga... a que el escrito de preparación del recurso de casación justifique que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia impugnada”. “En la práctica son frecuentes... recursos de casación en los que se invoque la infracción de normas con carácter meramente instrumental para lograr el acceso a la casación”.<sup>31</sup>

5. Sobre la “discriminación injustificable” que la Sala apunta en relación con la sentencia de instancia, véase la del TS de 8 de marzo de 2013 (Recurso 4353/2011) que dice: “... este Tribunal Constitucional ha precisado<sup>32</sup> que el art. 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a las

funciones públicas, ya que sólo cuando la infracción de las normas o bases reguladoras del proceso selectivo implique a su vez una vulneración de la igualdad entre los participante, cabe entender que se ha vulnerado esa dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el art. 23.2 CE, lo que de suyo exige la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad – SSTC 115/1996, de 25 de junio, FJ4; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3c)–”. “Sin embargo acoge el amparo solicitado porque el Tribunal calificador convirtió en requisito para el acceso, lo que según las bases del mismo era sólo mérito, pese a no existir un elemento de comparación que acreditara la desigualdad de trato con lo concursantes”. F.j.3.<sup>33</sup>

La Sentencia de 22 de febrero de 2002, también de la Sala 3ª, (Recurso 1152/2000) en su F.j. 2 concreta la doctrina jurisprudencial del TC y del TS sobre el art. 23.2 CE en los siguientes puntos:

1. Es un derecho de predeterminación normativa del procedimiento de acceso a los funciones públicas.

2. Se entiende que la preexistencia y predeterminación de las condiciones de acceso forma parte del derecho fundamental.

3. Cuando dispone “con los requisitos que señalen las leyes”, obliga a concluir que tales requisitos han de ser establecidos mediante disposiciones con rango de Ley, sin perjuicio de la colaboración de la potestad reglamentaria con los límites y condiciones que ya se han expresado, “... por lo que hay que estimar como constitucionalmente proscrita la posibilidad de que por vía reglamentaria o a través de actos de aplicación de la Ley, puedan incorporarse nuevos o diferentes requisitos a los legalmente previstos en los procedimiento de acceso a la función pública”.

4. Supone concurrir al proceso selectivo de acuerdo con unas bases adecuadas a los principios de mérito y capacidad y al margen de los cuales no es legítimo exigir requisito o condición alguna para dicho acceso.

31 Lo que abriría un debate nuevo. Véase, también, dos SSTS 17.12.09 (Recurso 2166/2004 y 2725/2004) F.j.3; la de 17.12.09 (Recurso 3127/2004) F.j. 3, y la de 21.02.2013 (Recurso 3125/2012) F.j.3.

32 Se refiere a la Sentencia nº 138/2000, de 29 de mayo.

33 Véase las SSTS de 09.07.07 (Recurso 10/2004), F.j.3 y 04.05.05 (Recurso 267/2003) a las que remite y que en su F.j. 7, dice: “Si no se divisan infracciones a las normas por las que se había de regir el concurso, ni tampoco cabe hablar de falta de motivación ni de arbitrariedad en su resolución, mucho menos es posible hacerlo de infracción al derecho fundamental que reconoce el artículo 23.2 de la Constitución”. Véase, también, las SSTC 115/1996, de 25 de junio, F.j. 4 y 73/1998, de 31 de marzo, F.j. 3 c).

5. Durante el desarrollo del procedimiento selectivo ha de quedar excluida en la aplicación toda diferencia de trato entre los aspirantes.

6. Solo cuando la infracción de las normas reguladoras del proceso selectivo implique a su vez una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado una dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el art. 23.2 CE.

La incidencia del art. 37 del EM, como queda dicho, es nula, aunque la sentencia de casación lo presenta como elemento de necesaria relación, al decir que en la Administración Pública se accede una vez y puedes “moverte” todas las veces que quieras y puedas.

La quiebra del art. 23.2 CE, esencia de la casación, se produce, como veremos, porque se construye un supuesto nuevo, distinto al de instancia: se incorpora a los hechos la exigencia, “*implícita*”, a los aspirantes ya admitidos de un 6º requisito, llamado “*negativo*”, no previsto en la convocatoria ni en las normas reguladoras del proceso selectivo. Por ello, se llega a una solución distinta<sup>34</sup>.

---

34 Con otros caracteres, este mismo requisito negativo se presenta en la Cuestión de inconstitucionalidad nº 205/2000 que da lugar a la STC nº 126/2008, de 28 de octubre, en la que se apoya la Sentencia que comentamos, y en la que se dice que el “*requisito negativo*” que se impone por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, no vulnera el art. 23.2 CE; que es irrelevante desde la perspectiva de este precepto; que su relevancia está en la promoción del personal estatutario más que en el acceso. Sin embargo, en la Sentencia que comentamos lo que se dice es que la Sala a quo, al no tener en cuenta ese “*requisito negativo implícito*”, provoca una “*discriminación injustificable*” y atenta contra los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Su base, como veremos, es la extraña interpretación que hace del concepto “*misma categoría y especialidad del mismo cuerpo y escala, del mismo Servicio de Salud*”. A estos efectos, recordemos, lo que dice la STS de 13.11.13 (Recurso 3930/2012) F.j. 3: “*El principio constitucional de igualdad no puede tampoco entenderse, en todos los casos, como un tratamiento legal e igual con abstracción de cualesquiera elementos diferenciadores de trascendencia jurídica ni como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento que chocaría con la realidad de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas y con la de que, en virtud de ellas, pueda ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional, siempre que quede a salvo el contenido esencial de los derechos fundamentales*”. La misma Sala y Sección en su Sentencia de 09.07.08 (Recurso 2219/2004) F.j. 3, dice “*... la autonomía constitucionalmente garantizada a las Comunidades autónomas (artículo 137 CE) permite que estas desarrollen diferentes política de personal sin que por ello resulte vulnerado el principio de igualdad; y también en que, siendo diferentes las circunstancias de hecho existentes en cada una de las Comunidades Autónomas la mera invocación de regulaciones diferenciadas tampoco es bastante para apreciar una discriminación contraria a ese mismo principio*”.

c) Se razona, más bien, sobre la vulneración en que ha incurrido el acto administrativo impugnado en primera instancia, ya que concluye que en la convocatoria de este concurso-oposición debería haberse incluido un 6º requisito exigible a los aspirantes, cual es, “*no tener la condición de personal estatutario fijo en cualquiera de los Servicios de Salud del SNS*”. Pero no fue así, porque no quiso la Administración convocante y porque no lo exige las normas aplicables, aunque, según la Sala, debe entenderse “*implícito*”.

Como dice la misma Sala y Sección en su Sentencia de 21 de junio de 2012 (Recurso 5962/2010) F.j. 6, “*... bajo la cobertura de la cita de estos preceptos legales, lo que realmente se plantea es la disconformidad del recurrente con la interpretación de la normativa autonómica que aplica la sentencia de instancia*”.

Es decir, “*... no se efectúa una crítica sobre cómo y en qué medida son infringidos por la sentencia de instancia*”.

d) No se argumenta sobre la jurisprudencia aplicable en relación con las bases de la convocatoria y su consideración como “*ley del proceso selectivo*”, como exige la jurisprudencia ordinaria y constitucional.

Sirva, como primera providencia, la Sentencia de 10 de junio de 2011 (Recurso 3507/2009) de la misma Sala y Sección, F.j.3, que considera indiscutible esta exigencia.<sup>35</sup>

No obstante, partimos de la STSJCL de 29 de junio de 2012 (Recurso 936/2010) citada, que en su F.j.1, dice: “*... respecto al argumento relativo a la vulneración de las propias bases de la convocatoria, el problema que en realidad se plantea es si (se) ajusta o no a la legalidad la mencionada exclusión cuando resulta que en aquellas no se contempla de forma expresa, como requisito que se exija*

---

35 Casa la del TSJ de Andalucía de 27.04.09 (Recurso 3102/2003). Deben citarse la STS de 06.03.13 (Recurso 1811/2012) de la misma Sala y Sección, en un caso similar, que casa la de instancia (STSJCL de 27.03.12 –Recurso 937/2010–) sin hacer ninguna mención al contenido de su F.j. 1, en el que la Sala, acudiendo a este principio, justifica la inseguridad jurídica que provocaría aplicar con efecto retroactivo la Orden de 24 de septiembre de 2008. También, las del mismo Tribunal de 25.11.13 (Recurso 3113/2012) que casa las SSTSJCL de 31.05.2012 (Recurso 783/2010), F.j. 2 y la de 05.12.2013 (Recurso 3482//2012) que casa la del mismo TSJ de 29.06.12 (Recurso 936/2010), F.j.1. Véase, asimismo, las de este TSJ de 07.03.12 (Recurso 2828/2008 y 2953/2008).

para participar en el proceso selectivo, el de no osentar la condición de estatutario fijo”. “Pues bien, ha de significarse... que las bases de una convocatoria constituyen la “ley del concurso”, que por tanto obligan tanto a la Administración convocante como a quienes participan en el proceso selectivo. Y en este sentido no estará de más recordar la reiterada jurisprudencia contenida, entre otras, en la Sentencia del T.S. de 23 de mayo de 1987, en que tratándose de una omisión en la convocatoria que a juicio de la parte recurrente debió preverse, se señala: “...no puede estimarse suficiente y ello tanto por la falta de reclamación contra esa omisión en el momento oportuno, lo que convierte las bases concursales en inimpugnables, con todas las circunstancias que las rodean, según una reiterada doctrina que estima que los actos de convocatoria de concursos, en cuanto actos administrativos generales que son, con destino a una pluralidad de administrados (véase SS 20 mayo 1981, 11 junio 1983 y 25 abril 1985), constituyen la ley del concurso que obligan tanto a la Administración convocante, como a quienes, convocados, las acatan y solicitan tomar parte en el mismo (ver S 26 marzo 1985)...”<sup>36</sup>

En circunstancias específicas el TS en su Sentencia de 14 de marzo de 2014 (Recurso 4371/2012) apoya tales razonamientos corrigiendo la decisión adoptada por el Tribunal calificador en unas pruebas selectivas, poniendo “límite” en la interpretación de las Bases.

En su F.j.4, dice: “Pronunciamiento el nuestro que, como el de la Sala de Valladolid, no supone

36 PÉREZ GÁLVEZ, J. F. “Incidencia del Estatuto Básico del... Ob. cit. Pág. 215, que cita a estos efectos la STSJ del País Vasco de 22.02.99. F.j. 3”, que recordamos: “... no podemos declarar la inadmisibilidad del recurso al amparo de lo establecido en el artículo 82 c) de la LJCA/1956, invocando la firmeza de las bases de la convocatoria por no haber sido objeto de impugnación al tiempo que su publicación y haber devenido firmes, porque la doctrina de la vinculación a las bases pretende garantizar la objetividad e igualdad de trato en un procedimiento selectivo, pero no amparar que supuestas prescripciones contenidas en las bases que conculquen las disposiciones legales, hayan de devenir inimpugnables por mérito de una doctrina dirigida a otros fines. No puede excusarse la Administración demandada en la no impugnación de las bases para salvar las contravenciones del ordenamiento en que haya podido incurrir; pues de admitirse ello se llegaría a la conclusión de que unas bases que recogieran una selección discriminatoria, sin procedimiento legal, con olvido de los principios constitucionales de mérito, capacidad, igualdad y publicidad, si no hubieran sido impugnadas en tiempo y forma, devendrían inatacables y con ello los actos dictados en su aplicación en cuanto se sustentara la impugnación de las bases, lo que evidentemente, llevado a ese extremo, muestra que esas conclusiones no pueden ser acogidas por ser disconformes con el ordenamiento jurídico.”

sino una interpretación de las bases conforme a la Constitución o, si se prefiere a la igualdad. Y es que, en efecto, la base 6.5 permite al tribunal calificador buscar la forma de acoger la petición de Sra. Angélica o de establecer cualquier otra... para evitar el perjuicio que sufrió...”. No lo hizo la Administración convocante y lo corrige el Tribunal de justicia.<sup>37</sup>

También dice que: “El dato relevante a los efectos de apreciar que la Sentencia de instancia no interpretó y aplicación correctamente el art. 23.2 CE, está en que éste precepto lo que garantiza es un trato igualitario a todos los participantes en un proceso selectivo por parte de la Administración, siendo así que la Administración trató por igual a todos los aspirantes. Las facultades interpretativas del Tribunal calificador de la oposiciones tiene sus límites, y es indudable que las bases de la convocatoria no dejan espacio, sin alterar esencialmente la regulación de la oposición, a que el Tribunal pudiera desplazarse fuera del lugar para el examen común de los opositores a una localidad diferente, que era lo solicitado por la opositora”. F.j.4.

La misma Sala y Sección en su Sentencia de 19 de marzo de 2014 (Recurso 193/2012)<sup>38</sup>, frente al motivo de casación planteado por la Administración, dice: “Para sostener este reproche se aduce... que los anteriores preceptos (art. 39 del EM y art. 3 del Real Decreto Ley 1/1999) proclaman el carácter vinculante de las convocatorias y sus bases para la Administración, para los tribunales que califican las pruebas y para quienes participan en ellas y se recuerda la jurisprudencia que ha subrayado este efecto vinculante (se citan, entre otras las SsTS de 8 de marzo y 19 de diciembre de 2006)” F.j.3.

Y, continua en el F.j.4 “... ese carácter vinculante de las bases sólo puede decaer cuando, en un escrutinio riguroso, haya quedado acreditado de manera inequívoca que su aplicación resulta discriminatoria y contraria al artículo 14 de la Constitución...”.

37 La Sala entiende que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración frente al fallo estimatorio dictado. Revisa la STSJCL de 25.09.12 (Recurso 700/2009) que fue impugnada por la Administración convocante y que en su F.j.2 dice: “... este Tribunal estima que los actos administrativos impugnados efectuaron una aplicación incorrecta (por desproporcionada) de la base de la Orden SAN/945/2008, por exagerada aplicación de la 7.6 y no tener en cuenta la 6.5 en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2009...”. No es necesario apuntar que esta Orden es exacta a la SAN/947/2008, de la que partimos.

38 Casa la Sentencia del TSJ de Cantabria de 15.10.12 (Recurso 666/2011).

En la Sentencia de 15 de noviembre de 2013 (Recurso 2185/2012)<sup>39</sup> la misma Sala y Sección, en su F.j.3, dice: “*Como se sostiene por el recurrente, la normativa aplicable al proceso selectivo, según consta en la base 1.5 de la convocatoria, es del siguiente tenor: (y cita las Bases de la convocatoria, a la Ley 55/2033 y al Real Decreto Ley 1/1999)*”. Por tanto, “*el motivo debe prosperar*”.

Señalemos por último, lo que apunta el TC en su Sentencia 115/1996, de 25 de junio: “*... el derecho fundamental del art. 23.2 C.E. ha de conectarse ineludiblemente con la vinculación de la propia administración a lo dispuesto en las bases que regulan el procedimiento de acceso a la función pública. Ahora bien, no toda infracción de las bases genera per se una vulneración del citado derecho fundamental. Así, la inaplicación por la Administración de una de las bases del concurso a todos los aspirantes por igual, comportará indudablemente una infracción de la legalidad susceptible de impugnación ante los Tribunales de los Contencioso-Administrativo, pero no integra una quiebra de la igualdad en el acceso que garantiza el art. 23.2 C.E, pues, de esa infracción de la legalidad no se deriva trato desigual alguno, ni existe término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad. En consecuencia, el art. 23.2 C.E. no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que sólo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los particulares, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23.2 C.E*”. F.j.4.

Recordemos que el trato discriminatorio lo aplica la Sala a los estatutarios fijos de los Servicios de Salud de Comunidades Autónomas distintas a la convocante; no al personal propio, no a los que tengan en su haber otros títulos, aunque sean de mayor nivel, no al personal interino, no a los recién licenciados aspirantes a estas pruebas, etc.

<sup>39</sup> Que casa la STSJ de Rioja de 19.04.12 (Recurso 90/2011) que estima parcialmente el recurso al no admitir el de reposición interpuesto y desestima todo lo demás. El recurrente en casación es el mismo que en la primera instancia. La Sentencia de casación es estimatoria. En ella se dice que el recurrente denuncia la infracción del artículo 30.5 del EM puesto en relación con el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución de acceder a la función pública en condiciones de igualdad y con lo requisitos que señalen las leyes según la interpretación que le da la jurisprudencia. Los mismos preceptos que la Sala ha considerado, antes, vulnerados.

e) Sobre el interés casacional al que se refiere el art. 93.2 e) LJCA, la misma Sala y Sección en su Sentencia de 23 de junio de 1997 (Recurso 563/1994) lo fundamenta en que la estimación del motivo “*no alteraría el signo de la sentencia*”.

Dicho de otro modo, tan ajustado al art. 23.2 de la CE sería que la convocatoria hubiera establecido ese “*requisito negativo*” y así se exigiera; como lo contrario, que no lo estableciera y por tanto no fuera exigible. Pero, lo que sí altera los hechos y el signo de la Sentencia (por supuesto la del TSJCL así lo determina) es exigir un requisito no exigido en la convocatoria.

Dice la Sala: “*... queda fuera de toda duda que el dato objetivo de la especialidad hace perfectamente razonable y justificado el que se prefiera para las plazas de tal especialidad a los que poseen el título específico, siendo en tal caso el tratamiento diferencial totalmente proporcionado al fin de proveer las plazas con el personal idóneo, lo que está en relación con el principio de mérito del Art. 23.2 CE. No existe, pues, el más leve atisbo de la alegada discriminación*”. (F.j.3).

**B.** Entre los de carácter material, además de subrayar el convencimiento del propio Tribunal que concluye que no estaba en juego el nacimiento de una relación funcionarial, porque, como dice, el aspirante ya tenía la condición de funcionario de carrera y no puede adquirirse de “*forma múltiple*”<sup>40</sup>, debemos tener en cuenta un dato que la Sala olvida<sup>41</sup>.

Dice la Sentencia de instancia: “*... el acto administrativo recurrido adolece de un vicio formal causante de nulidad al amparo de lo previsto en el art. 62.1 c) de la Ley Estatal de Régimen y Procedimiento 30/1992 y ello debido a que modificó un acto previo y “causó estado” en el procedimiento administrativo de selección omitiendo uno de los mecanismos de revisión de los artículos 102 y 103 de aquella ley*”.

<sup>40</sup> A la misma conclusión había llegado antes en reiteradas ocasiones como veremos.

<sup>41</sup> En los hechos de este caso consta, como se ha dicho, que la lista provisional de admitidos y excluidos se publica en el BOCYL de 8 de agosto de 2008 mediante Resolución de 30 de julio de 2008 y la lista definitiva de admitidos y excluidos se publica por el mismo medio en la Resolución de 1 de septiembre de 2008; sin embargo, las Resoluciones que se impugnan son de 20 de febrero de 2009 y de 11 de junio de 2009. Por tanto, se dan las circunstancias que se describe en la STSJCL de 2 de abril de 2012 (Recurso 932/2010) F.j.3. También lo olvida en su Sentencia de 03.04.13 (Recurso 1954/2012) que casa la STSJCL de 02.04.12 (Recurso 932/2010) F.j. 3, en un caso similar. Que ni tan siquiera menciona el TS en la sentencia de casación dictada el 3 de abril de 2013 (Recurso 1954/2012).

*“Lo anterior obedece a que y según la base quinta de la Orden SAN/1047/2008 la actuación de admisión de aspirantes, anterior a lo que propiamente cabe llamar desarrollo evaluatorio del procedimiento de selección y de carácter preceptivo, concluye y una vez resueltas las reclamaciones contra las listas provisionales con un acto que además de necesitar una publicidad especial (publicación en el BOCYL) define de manera definitiva la relación de quienes tendrán la consideración jurídica de participantes en la selección y respecto de los que se realizaron las tareas evaluadora de oposición y valoración de méritos, por eso es susceptible de una impugnación propia e independiente (base 5.4)”.*

*“Habida cuenta de la entidad, importancia y trascendencia de la admisión definitiva de los aspirantes por ello se ha dicho que causa estado”.*

*“No enerva lo precedente la invocación de la base séptima 7 que hace la demandada, ya que la facultad del Tribunal que la misma sanciona ha de ser entendida como de comprobación permanente de los requisitos de los candidatos que puede originar o causar un procedimiento de revisión del acto de admisión definitiva al amparo de los artículos 102 y 103 citados”.*

Por ende, dice el Fj.4 de la misma sentencia de instancia: *“Lo considerado... permite afirmar que la actividad autonómica recurrida está incurso en las modalidades de invalidez recogidas en los artículos 62.1 y 63.1 de la ley estatal de Régimen y Procedimiento 30/1992 debido a que aplica desacertadamente las bases de la convocatoria (1.4 y 8.1.5) en concordancia con el artículo 30.1 de la Ley 55/2003 y prescinde del procedimiento revisorio legamente establecido”.*

De similar forma se pronuncia el Tribunal a quo que aquí analizamos, aunque refiriéndose solo al art. 63.1 LRJPC.

Relacionando el incumplimiento de las bases de las convocatorias con el *“requisito negativo”* que nos ocupa, la conclusión a la que debió llegar la Sala 3ª, en aras a la *“teoría de los actos propios”*<sup>42</sup>, es a la necesidad de exigir la puesta en marcha de la

vía de revisión de oficio de los actos administrativos prevista en el art. 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJPC) lo que no se hizo; especialmente, si como dice da a su Fallo el efecto de considerar *“conforme a Derecho esas resoluciones recurridas”*.

Para fundamentarla, citemos a vía de ejemplo, la STSJCL de 29 de junio de 2012 (Recurso 1129/2010)<sup>43</sup> Fj.4, dice: *“Se aduce también que la demandante había sido admitida al proceso selectivo en todas las resoluciones previas –figurando como admitida tanto en la lista provisional como en la definitiva–, e incluso había superado el proceso selectivo; resultando que tales actos han devenido firmes al no haber sido recurridos en tiempo y forma, y sin que tampoco la Administración haya promovido en relación a los mismo ninguna de los procedimientos de revisión previstos en los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992”.*

*“A este alegato podemos contestar con lo que pusimos en la sentencia del pasado 2 de abril de 2.012 pronunciada en el recurso número 932/2010, que en relación a un argumento muy semejante llegábamos a una solución favorable a los intereses de la allí recurrente, razonando en concreto en el fundamento de derecho tercero, que mutatis mutandis nos servirá ahora, lo siguiente:... ocurre que el acto administrativo recurrido adolece de un vicio formal causante de nulidad al amparo de lo previsto en el artículo 62.1.c) de la Ley Estatal de Régimen y Procedimiento 30/1992, y ello debido a que modificó un acto previo y que causó estado en el procedimiento administrativo selectivo omitiendo uno de los mecanismos de revisión de los artículos 102 y 103 de aquella ley...”.*

A tales razonamientos que nos parecen adecuados en Derecho, la Sala 3ª del TS en su Sentencia de 9 de diciembre de 2013 (Recurso 3214/2012) Fj. 4, opone los siguientes: *“... aunque el requisito negativo de no pertenecer al cuerpo, categoría y especialidad no se explicita en el artículo 56 de ese texto legal, es obligado considerarlo implícito por exigencia de la lógica del sistema. De ahí que, como argumenta la contestación a la demanda, la aplicación de la base 7.7 de las que regían la convocatoria*

<sup>42</sup> Es abundante la jurisprudencia ordinaria y constitucional que en este sentido existe. Como queda dicho, parte este Tribunal de los reiterados hechos en los que incurre la Administración convocante o, en su caso, el tribunal calificador excluyendo a los aspirantes con base en un requisito no establecido en las citadas bases y absteniéndose de poner en marcha la acción de revisión de oficio de actos previos declarativos/favorable.

<sup>43</sup> En la que se destaca como hecho cierto que la recurrente había aparecido como admitida en la lista definitiva e, incluso, que había superado las correspondientes pruebas, sin que la Administración convocante hubiera puesto en marcha ningún procedimiento revocatorio de actos previos. Véase, también, la Sentencia de la misma Sala de 13.03.12 (Recurso 733/2009) Fj.4.

*justificase la exclusión de la Sra. Fátima aún después de ser admitida y haber realizado las pruebas de la fase de oposición. En efecto, en ella se dispone que sean excluidos del proceso selectivo aquellos aspirantes respecto de los cuales, y mientras el mismo no haya concluido, se tenga conocimiento de que no poseen la totalidad de los requisitos exigidos en la convocatoria. Que es lo que, precisamente, sucedía en este caso, en el que, por otra parte, no se ha infringido el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.*

*“Este motivo de impugnación, primero del recurso de alzada, pasa a ser recogido con suma brevedad al final de la demanda que se centra en los aspectos señalados y desaparece en el escrito de conclusiones. Y ahora debemos rechazarlo porque, efectivamente, los actos que la recurrente presenta como firmes eran trámites o fases de un proceso selectivo que no habían causado estado”.*

Desde luego, en estos procesos selectivos existen pluralidad de actos de trámite, como señala la Sala, pero son de los que denominados “cualificados” porque tienen naturaleza propia que, como en este caso, provocan indefensión y, por tanto, son recurribles por sí solos. Algunos, como la lista definitiva, no agotan la vía administrativa y procede su impugnación en alzada, pero otros, como la lista de aspirantes que ha superado el proceso selectivo, agotan, sin duda, esta vía y procede la Contencioso-administrativa. Véase las resoluciones dictadas en cualquiera de estos procesos<sup>44</sup>.

---

44 Por ejemplo, en la Resolución de 5 de diciembre de 2007, del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha (SESCAM) de la Dirección General de Recursos Humanos, por la que se convoca proceso selectivo para ingreso, por los sistemas general de acceso libre y de promoción interna, en la categoría de Matronas. En la Base 2ª, requisitos de los aspirantes, no se exige el “requisito negativo” ya señalado. En su Base 7.4 se dice: “Si a lo largo del proceso selectivo llegara a conocimiento del Tribunal que alguno de los aspirantes no posee la totalidad de los requisitos exigidos en la convocatoria, previa audiencia del interesado, el Presidente del Tribunal lo comunicará, de inmediato, al titular de la Dirección General del Recursos Humanos del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, para su posible exclusión del proceso selectivo”. La Base 8.6 (que recoge una prueba más de los que estamos señalando, el “acceso múltiple”) dice: “Los aspirantes aprobados que tuvieran la condición de personal fijo de las Administraciones Públicas o de los Servicios de Salud estarán exentos de justificar documentalmente las condiciones o requisitos ya probados para el anterior nombramiento...”. Obviamente, si en la convocatoria se exigiera no tener la condición de personal estatutario fijo de los Servicios de Salud (de lo que también hay ejemplos) la Administración convocante, directamente o a través del Tribunal calificador,

A los estudiantes de Derecho Administrativo les decimos que la Administración Pública, en estos casos, “le da la vuelta a la sartén” y pone al ciudadano en la obligación de acudir a los Tribunales de justicia para proteger sus derechos; cuando, en verdad, lo que tiene que hacer es revisar sus propios actos y anularlos si están viciados.

Los argumentos de la Sala 3ª son evidentes: Monta la exigencia de un requisito que la convocatoria no contempla y que la Ley no impone, para dar la razón a la Administración recurrente en el sentido de otorgar facultades al tribunal calificador para, por sí mismo, excluir a una serie de aspirantes previamente admitidos<sup>45</sup>.

Con todos estos argumentos, entra, sin embargo, la Sala en el fondo del asunto y, lo hace, porque da por hecho que la recurrente en primera instancia ya es funcionaria de carrera (personal estatutario) y, por ello, no puede adquirir de nuevo esa condición. Cierro el supuesto pero no la conclusión que extrae. Se puede adquirir de nuevo la condición de funcionario de carrera, como todos sabemos. Esto, también es un hecho.

Así pues, admite el recurso de casación y estima la pretensión de la Administración recurrente, anulando la Sentencia de instancia con los “efectos”, dice, de “desestimar el recurso... interpuesto por Doña Adela contra la Resolución de 20 de febrero de 2009 de la Gerencia de Salud de Ávila... por ser conforme a derecho esas resoluciones recurridas”<sup>46</sup>.

Debemos recordar el Auto dictado el 13 de diciembre de 2012 por la Sección 1ª de la misma Sala del TS (Recurso 1739/2012) resolviendo sobre la Providencia de admitir o no el recurso de casación origen de esa Sentencia (el acuerdo fue de admisión, aunque con argumentos muy distintos)<sup>47</sup>.

---

deberá excluir al aspirante una vez tenga conocimiento de que en la declaración responsable que debió realizar ocultaba que tenía tal condición. Si no lo ocultó y, sin embargo, fue admitido a las pruebas selectivas, la Administración debe revisar sus propios actos por las vías legalmente previstas: artículos 102 y 103 LRJPC.

45 Ni la Ley ni la Oferta de Empleo Público ni el mismo acto de convocatoria.

46 Este es el fallo de la Sentencia que comentamos. Hay que decir que Doña Adela, que no se persona en casación, es Doña Esther en la primera instancia.

47 Se apoya en otros Acuerdos sobre los mismos hechos. Véase los Autos de 16.11.06 (Recurso 7527/2004), dos de

Dice la Sección 1ª, en este Auto, que la recurrente es estatutaria fija (Matrona) del Servicio de Salud de Madrid y trata de acceder a una plaza de la misma Especialidad del Servicio de Salud de Castilla y León (que es otra Administración Pública). Esto supone la constitución de “...una nueva relación estatutaria que no puede cercenarse por el hecho de que el interesado ostente la condición de personal estatutario en otra Comunidad... toda vez que la eventual superación de las pruebas selectivas... supondría la constitución ex novo de una nueva relación de empleo público diferente de la que ya mantenía”.

“La solución contraria (dice) nos llevaría a hacer de peor condición a los funcionarios de carrera frente al resto de los aspirantes en aquellos casos en los que los primeros se presenten por el turno libre a los citados procesos”<sup>48</sup>.

Razonamientos con los que estamos plenamente de acuerdo, que son los del Tribunal a quo y que asume la misma Sala del TS, aunque con otra composición (la de la Sección 1ª).

No entra, la Sección 7ª, en su análisis pero podría haberlo hecho sirviéndole de base de su enjuiciamiento. Como vemos, el Fundamento jurídico 2 del citado Auto señala que “... ha de ser reexaminada la causa de inadmisión puesta de manifiesto a las partes”.

Citemos también los criterios de la misma Sala y Sección al plantear la Cuestión de inconstitucionalidad nº 205-2000 (Auto de 9 de diciembre de 1999<sup>49</sup>) y que dio lugar a la STC nº 126/2008, de 27 de octubre, ya apuntada y sobre la que volveremos<sup>50</sup>.

25.10.12 (Recurso 1733/2012 y Recurso 1811/2012) y el de 10.01.13 (Recurso 1740/2012).

48 Véase Auto del TS de 16.11.06 (Recurso 7527/2004) citado, F.j.2, en el que la Sala admite a trámite el recurso de casación interpuesto por un funcionario público diciendo: “... puede concluirse que en el recurso está en juego el nacimiento de una nueva relación de empleo público diferente de la que ya ostentaba que se mantiene inalterada”. En similares términos se pronuncian los demás citados en la nota anterior, F.j.2. Debemos apuntar también que la misma Sala en sus Sentencias de 25.11.13 (Recurso 3113/2012) y de 13.12.13 (Recurso 3112/2012) citadas, las partes recurridas solicitaron la admisión de los recursos interpuestos por la recurrente y no fueron atendidas sus pretensiones.

49 Que analizaremos. Véase, también, ATS de 23.06.00. Sólo decir, que en el primero (el de 9.12.99) la Sala 3ª, Sección 7ª, del TS acuerda la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad. En el 2º, la misma Sala y Sección suspende el proceso hasta que se decida la anterior cuestión.

50 Aunque lo reiteremos después, debemos decir que la Cuestión de inconstitucionalidad se plantea respecto del

Dice la Sala proponente (Antecedente 3º y Fundamento jurídico 2):

1. Que como la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ofrece, también y a la par, a los aspirantes con su participación en la prueba selectiva, la ocupación de una plaza (reservadas a los facultativos que tienen plaza en propiedad) mediante el sistema de traslado; por tanto, el carácter restrictivo del “requisito negativo” es menor.

Así dice la Sala: “... esta exclusión podría resultar contraria al derecho a la igualdad de los facultativos que ostenten nombramiento en propiedad en el desarrollo de sus funciones públicas, consagrado en los arts 14 y 23.2 CE, en relación con el art.103 CE”<sup>51</sup>.

En la convocatoria de la que partimos (Orden SAN/947/2008) no se da esta circunstancia; simplemente se excluyen a los aspirantes colocándolos “en una posición de desigualdad respecto del personal interino y de terceros ya licenciados a quienes se permite participar en el concurso-oposición, generando un trato desigual que no se fundamenta en criterios de mérito y capacidad”.

2. Niega que la jurisprudencia constitucional avale la admisibilidad de esta convocatoria a pesar de su naturaleza excepcional: se convoca por una sola vez.

3. Recuerda que es reiterada jurisprudencia del TC que el art. 23.2 CE consagra un derecho de configuración legal, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la Función Pública.

Como veremos, las condiciones de acceso a la situación de personal estatutario del SNS en la convocatoria cuestionada están perfectamente predeterminadas por el legislador y la Administración convocante las expresa en las Bases.

inciso “... que no podrán ostentar nombramiento en propiedad de la misma categoría y especialidad dentro del Sistema Nacional de Salud” de la disposición adicional vigésima, uno, de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por su posible contradicción con los artículos 14 y 23.2, en relación con el art. 103 CE.

51 Ver nota 34.



4. Considera, en suma, que el “*requisito negativo*” establecido en la Ley 66/1997 es inconstitucional<sup>52</sup>.

Admitido este recurso de casación, la Sala resuelve conforme a lo dispuesto en el art. 95.2 d) LJC-A; es decir, dentro de los términos del debate, como lo expresa la propia Sentencia en su fundamento jurídico quinto.

### **3.2 Normas infringidas según la Sentencia: art. 23.2 de la Constitución española, el “acceso único”, y art. 37 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, el “traslado” como alternativa única.**

La Administración recurrente fundamenta su casación en el art. 88.1 d) de la LJCA<sup>53</sup>, por tanto, el Tribunal ha de analizar los fundamentos jurídicos del recurso para constatar, como señala el art. 93.2 b) de la misma Ley, si se citan o no las normas o la jurisprudencia que se estiman infringidas o si las citas hechas guardan o no relación con la cuestión debatida.

Analicemos, pues, las infracciones que se produjeron según la Administración recurrente y que fueron aceptadas por el Tribunal sentenciador.

Según el fundamento jurídico primero de esta Sentencia se infringen los artículos 23.2 de la CE y 37 del EM, como se ha dicho. El fundamento jurídico tercero argumenta los motivos de impugnación.

El art. 37 EM se refiere al sistema de movilidad voluntaria del personal estatutario entre los distintos Servicios de Salud que conforman el SNS<sup>54</sup>. Tiene,

<sup>52</sup> Aunque el fallo es desestimatorio de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, dado el carácter excepcional y por una sola vez de la convocatoria.

<sup>53</sup> Infracción de normas o de jurisprudencia aplicables para resolver el debate.

<sup>54</sup> No olvidemos que lo que da cohesión al Sistema es la “Movilidad de los profesionales” como dice el art. 43 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del SNS que apunta que “La garantía de movilidad del personal en todo el SNS es uno de los aspectos esenciales de su cohesión, por lo que deberá buscarse un desarrollo armónico de los concursos de traslado convocados por los distintos servicios de salud”. Debe hacerse efectivo mediante Real Decreto, establecido en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud los criterios básicos y las condiciones de las convocatorias. No obstante, dice el precepto, “... sin perjuicio de las competencias legalmente atribuidas a las Administraciones Sanitarias”. Véase, también, el contenido del art. 37.1 del EM que exige como garantía de movilidad la homologación de las distintas clases o categorías funcionales de personal estatutario por parte

por tanto, un sentido muy distinto al sistema de acceso previsto en los artículos 29 y siguientes de la misma Ley y que la Sentencia no menciona.

El art. 23.2 de la CE que regula el acceso a la Función Pública en condiciones de igualdad, no se infringe, en modo alguno, con la participación libre de un ciudadano en un sistema de ingreso en la Administración Pública<sup>55</sup> (en este caso, como queda dicho, por concurso-oposición) aunque ya tenga en su haber la condición de funcionario público. Este ciudadano/funcionario de carrera participa en el sistema de acceso en condiciones de igualdad con el resto de aspirantes que, tal vez, reúnen otras capacidades, pero, sobre la que la convocatoria no se manifiesta<sup>56</sup>. Acceso libre e igual.

La Sala sentenciadora razona, de forma “muy” singular, sobre los hechos y fundamentos de Derecho de la Sentencia de instancia para decidir en el sentido que lo hace. Y, es “conformando” (construyendo) el cuerpo jurídico de su resolución para llegar al fallo que presenta con la afirmación del “*acceso único*” a

del Ministerio de Sanidad y Consumo, con el Informe de la Comisión de Recurso Humanos del SNS. Por otra parte, como establece el art. 36 EM (en relación con los artículos 12 y 29.4 de la misma norma) cada Servicio de Salud de cada Comunidad Autónoma puede convocar previamente un concurso de traslado interno para favorecer “a los suyos”, mediante el sistema de “reordenación de efectivos” de acuerdo con su Plan de Ordenación de Recursos Humanos negociando con las Mesas correspondientes. Véase las Sentencias del TSJ de Logroño de 02.02.05 (Recurso 8/2004) F.j.2 y de 06.06.10 (Recurso 76/2010) F.j. 2, y las del TSJ de Madrid de 19.10.10 (Recurso 646/2008) F.j.2, y de 25.05.11. (Recurso 1079/2010) F.j.2, en las que se resolvieron Autos de inadmisión en relación con el art. 86.2 a) de la LJCA: los de 30.06.11 (Recurso 6805/2010) y de 16.03.12 /Recurso 1079/2010). Véase, artículos 78.3 y 81.2 EBEP. Recordemos que ese deber no se impone en las convocatorias de acceso (ver el art. 29.2 EM).

<sup>55</sup> Véase la STC nº 12/1999, de 11 de febrero, F.j. 6, que decide sobre la cuestión de inconstitucionalidad basada en la posible infracción del art. 23.2 CE con la convocatoria de un concurso (sistema de acceso al Servicio de Salud de Castilla y León) con el que se permite concurrir al personal interino propio y al estatutario de otros Servicios de Salud y dice: “*En definitiva, la Administración sanitaria de Castilla y León ha contado hasta el momento con un personal interino, cuya estabilización funcional podría haberle inclinado a la convocatoria de un concurso restringido. Sin embargo, ha querido conseguir esa estabilización con un sistema de selección en el que, aun primándose la condición de interino, no se hiciera imposible el acceso de profesionales que hubieran prestado servicios en otras Administraciones, por lo que se dan las condiciones que, según nuestra citada doctrina (especialmente STC 185/1994) derivan del art. 23.2 de la Constitución*”.

<sup>56</sup> Esos otros aspirantes pueden reunir otras aptitudes de la misma o superior entidad de cara al procedimiento selectivo. Como todos sabemos, estas circunstancias, ajenas a los exigidos por la convocatoria, no tienen, de hecho, ningún efecto directo en ella.

la Función Pública y con la conclusión de que “*si ya has accedido a la función pública no puede acceder otra vez*”.

Veamos brevemente esta argumentación.

La Sala de instancia parte de un hecho; cual es, que si el aspirante a las pruebas selectivas pertenece, como funcionario, a la misma plaza que se convoca y esta es en el mismo Servicio de Salud, el aspirante no puede ejercer el derecho de acceso a las pruebas selectivas convocadas, porque pretendería acceder a una plaza que ya tiene, dice<sup>57</sup>.

Sin embargo, si el aspirante pertenece a una plaza de personal estatutario de otro Servicio de Salud, como es el caso, no hay en la convocatoria ni en las normas que regulan su desarrollo ningún requisito que impida el acceso a las pruebas selectivas. Son plazas cualitativamente distintas (dice) y, por tanto, cualquier ciudadano tiene pleno derecho al acceso en una y otra plaza.

El TS, con esos hechos y fundamentos jurídicos, construye, sin embargo, un supuesto distinto; y lo hace, como hemos dicho, añadiendo a la convocatoria un nuevo requisito (no exigido, que, sin embargo, aplica) para concluir que no pertenecer (que la “*no pertenencia*”, dice) a un Cuerpo de personal estatutario de otro Servicio de Salud es (se presenta como) “*una exigencia*”, un requisito legal más, “*negativo*” lo llama, que debe entenderse “*implícito*” en la convocatoria y en las normas que regulan su desarrollo<sup>58</sup>.

57 La Sentencia recurrida dice que si se excluyera a un ciudadano que ostentara la condición de personal estatutario fijo en un determinado Servicio, aquel al que pretende ejercer el derecho al acceso a una plaza del mismo Cuerpo, Escala, Especialidad y Categoría del mismo Servicio de Salud, en tal caso, con la exclusión, no se limitaría el principio de libre concurrencia, ni los de igualdad, mérito y capacidad. Dicho de otra manera, la exclusión para el TSJCL está en la “perfecta identidad” en Cuerpo, Escala, Especialidad, Categoría y Servicio de Salud. Por tanto, si no se da esa identidad en todos sus términos la conclusión es otra. Véase, la Sentencia de 29.05.13, del mismo TSJCL (Recurso 305/2010) en la que la Sala desestima el recurso interpuesto con tales argumentos: “*Como en el supuesto enjuiciado el demandante tiene la categoría de estatutario fijo en el servicio de salud de esta comunidad autónoma ocurre que existe la citada identidad y por ello su exclusión del procedimiento selectivo ha sido correcta*” (F.j.2). O, la de 12.06.12 (Recurso 2692/2008) en la que el recurrente corre la misma suerte: “*Trasladado ello al caso ahora enjuiciado, como quiera que el recurrente si ostenta, dentro del propio servicio autonómico de salud, la condición de estatutario fijo en la propia especialidad, no cabrá sino confirmar la decisión administrativa*” (F.j 3).

58 Este hecho de introducir nuevos elementos en la convocatoria (que lo hace en primer lugar el tribunal calificador al excluir a ciertos aspirantes y que es apoyada por el TS revisando la sentencia de TSJCL) además de chocar frontalmente con la jurisprudencia dictada sobre la materia

Y con esa construcción afirma que al introducir la sentencia recurrida un elemento de diferenciación

(acceso a la Función Pública y, en concreto, el valor jurídico de las Bases en la convocatoria de pruebas selectivas) supone una intromisión inaceptable de las Administraciones Públicas que los Tribunales de Justicia no pueden apoyar y una quiebra flagrante de los principios constitucionales que fundamenta estos procesos. Veamos, en este punto, lo que dice la misma Sala y Sección en su Sentencia de 5.07.12 (Recurso 4072/2011) que resuelve sobre una convocatoria de acceso a la condición de personal estatutario fijo del Servicio de Salud de Castilla y León (Orden de la Consejería de Sanidad 1100/2008, de 19 de junio) en la que se excluye a un aspirante, aunque por razones distintas. Vemos que en tal Orden tampoco consta el “requisito negativo” y la Sala no lo utiliza en sus argumentos jurídicos. La Sala, acudiendo a la STC 30/2008, de 25 de febrero, F.J. 6, dice: “*a) En primer lugar, nos encontramos ante un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas con los requisitos que señalan las leyes: como hemos declarado, por todos en las SSTC 73/1998, de 31 de marzo, y 138/2000, de 29 de mayo, la Constitución reserva a la ley, y, en todo caso, al principio de legalidad, la regulación de las condiciones (del) ejercicio del derecho, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública, de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que sólo pueden preservarse y establecerse mediante la intervención positiva del legislador. Una verdadera predeterminación que ha de asegurar que la Administración encargada de valorar los candidatos no pueda actuar con un indiscriminado arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el artículo 23.2 CE, lo que por otra parte es lo que hace posible, en su caso, el ulterior control jurisdiccional, puesto que el juez que lo es de la legalidad, tendrá así un criterio con el que contrastar si la actuación administrativa se ha ajustado “uno” a las condiciones de igualdad, mérito y capacidad previamente establecidas. En suma, “la fijación ex ante de los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consistan la igualdad, mérito y capacidad para cada función es la única forma de que pueda ejercerse el derecho mismo” (STS 48/1998, de 2 de marzo, FJ 7.b). b) En segundo lugar, pero en inescindible conexión con lo anterior, hemos destacado que nos hallamos ante un derecho de acceso a las funciones públicas “en condiciones de igualdad”, lo supone que las normas reguladoras del proceso selectivo han de asegurar a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la inmediata interdicción de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio (STC 193/1987, de 9 de diciembre, 47/1990, de 20 de marzo, o 353/1993, de 29 de noviembre), o de referencias individualizadas (STC 67/1989, de 18 de abril)”. Si así no fuera (es decir, que las Bases de la convocatoria no encerraran, en sí, la debida garantía de los principios constitucionales citados) la vía adecuada debería haber sido su impugnación (por quien procediera), su revisión de oficio (como dijimos) y, en último lugar la suspensión del procedimiento. Nada de eso se hizo. Pero sigue diciendo esta Sala: “... una vez garantizada la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo, ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento. En todos los momentos del proceso selectivo la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual. Las “condiciones de igualdad” a las que se refiere el art. 23.2 CE se proyectan, por tanto, no sólo en relación las propias “leyes”, sino también con su aplicación e interpretación (por todas, SSTC 10/1998, de 13 de enero, FJ 5, y 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3 c). STC 107/2003, de 2 de junio, FJ 4)”. En definitiva el art. 23.2 CE, garantiza un trato igualitario a todos los participantes en un proceso selectivo”.*

(cual es, admitir al personal estatutario fijo) se rompe la igualdad de condiciones en el acceso a la Función Pública y ello (dice) justifica la exclusión del aspirante a las pruebas selectivas; lo que hace en su Fallo.

Dicho de otra manera, según la Sala, se infringe el art. 23.2 de la CE, porque se admite a un aspirante que reúne las condiciones exigidas por la convocatoria, pero que no cuenta con otro requisito (el llamado “negativo”, ya que se trata de no tener) que esta Sala aplica porque entiende que debe considerarse “implícito” en las normas que regulan el procedimiento. En suma, aplica un requisito no exigido porque debe entenderse implícito.

La base de la construcción está en concebir que en el SNS hay un “Único Cuerpo” de personal estatutario. El F.j. 4º, párrafo 7º, de su Sentencia dice: “... así ha de ser considerado porque los cuerpos de personal estatutario del SNS son únicos aunque el acceso a ellos se haga desde el ámbito de cada Servicio de Salud de las distintas Comunidades Autónoma”<sup>59</sup>.

Por ello estima que se ha infringido el art. 23.2 de la CE; entiende que todos los ciudadanos integrados en un Cuerpo de personal estatutario de cualquiera de los Servicios de Salud son funcionarios del mismo Cuerpo. Lo que no compartimos; primero, porque ni la LGS ni el EM ni el EBEP hacen tal afirmación; y, segundo, en consecuencia, porque aunque los Sistemas de los distintos Servicio de Salud se integran en el SNS<sup>60</sup>, cada uno tiene su estructura y organización propia, el personal transferido es personal propio, las convocatorias que se publican lo son con plazas propias y los seleccionados son nombrados funcionarios de la Comunidad Autónoma convocante, sujetándose al régimen jurídico propio de cada una<sup>61</sup>.

59 Debe entenderse, un Cuerpo por cada Categoría.

60 BEATO ESPEJO, Manuel: “El Sistema Sanitario y Español: Su configuración en la Ley General de Sanidad”, RAP, núm. 119, pp. 379-418 y núm. 120, pp. 381-400, 1989. Y doctrina que se cita.

61 HERNÁNDEZ YAÑEZ, Juan F: “Políticas de personal en ...”. Ob. cit, pp. 293-297, dice: “Durante el largo periodo transcurrido entre la LGS y el Estatuto Marco de 2003, las modificaciones legales que ampararon jurídicamente las (modestas) reformas fueron ejecutadas mediante decretos con percha jurídica en las Leyes de Presupuesto o de Acompañamiento. De esta manera, es decir, sin gran debate político, se fueron modificando aspectos esenciales de clasificación de personal, selección y provisión de puestos, estructuras retributivas, organización de personal...”. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina: “El Sistema Nacional de Salud como Sistema: Realidad y carencia”. Derecho y Salud, Vol, 15, núm. 1, 2007, pp. 8-9, dice: “... la idea unitaria e integradora de todo el Estado... no se produce a nivel global estatal... sino a nivel territorial de éstas (las Comunidades

Dicho de otra manera, como no pueden participar los estatutarios fijos del Servicio de Salud de la Administración convocante, porque ya están integrados en ella, tampoco pueden participar los de otros Servicios de Salud (de otras Administraciones Públicas) porque eso sería una “discriminación injustificable”.

Los argumentos sobre la infracción del art. 37 del EM son aún más débiles. Dice la Sala que, como todos los estatutarios del SNS de una determinada Categoría pertenecen al mismo y Único Cuerpo que existe (en este caso el de Matronas) lo que se debía haber hecho<sup>62</sup> es haber convocado un concurso de traslado previo para facilitar la movilidad de este personal.

Es decir, el Tribunal monta su “teoría de la conversión” diciendo que “La diferenciación establecida en la sentencia (la de instancia, que no fue tal) lo que hace, en realidad, es convertir en la práctica una procedimiento de acceso en un procedimiento de movilidad”.

Preguntamos ¿Cómo? y dice la Sala: “... disponiendo unas condiciones diferentes a las establecidas... en el artículo 37 de la Ley 55/2003”.

Y cuando la Administración convocante hace esto (convertir un sistema de acceso en un sistema de traslado) no sólo incumple lo dispuesto por el EM en su art. 37 sino que además quebranta los principios de igualdad, mérito y capacidad y, por supuesto, el TSJCL lo refrenda.

El exceso en el razonamiento de la esta Sala está, sobre todo, cuando al presentar la alternativa dice: “La diferencia de ámbitos autonómicos de prestación de servicios deberá ser presupuesto para el posible ejercicio del derecho de movilidad que establece el artículo 37 de la Ley 55/2003 pero no para la

Autónomas), las cuales deben constituir sus propios Servicios de Salud como organizaciones sanitarias integradas”. BEATO ESPEJO, M. “El Sistema Sanitario Español: ...”. Ob. cit, pp. 408-418 (RAP 119). Véase STC 330/2005, de 15 de diciembre, F.j.4, que para fijar el juicio de constitucionalidad que corresponde realizar en el caso planteado (cuestión de inconstitucionalidad) acude a su anterior Sentencia nº 110/2004, de 30 de junio y a otras que cita y dice: “Las Administraciones públicas disfrutan, así, de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio (STC 57/1990). En el caso de las Comunidades Autónomas... este principio de autoorganización tiene además un respaldo constitucional expreso en los arts. 147.2 c), 148.1.1 CE y los concordantes de los Estatutos de Autonomía (STC 156/1999, de 13 de julio, FJ 4)”.

62 No dice quién; suponemos que la Administración recurrida en primera instancia.

*posible participación en una convocatoria de acceso a la condición de personal estatutario fijo de quien ya ha accedido antes a la condición”.*

Es decir, al ciudadano libre, por el hecho de ser funcionario de carrera, solo le queda esperar a que se convoque un concurso de traslado en el que se incluya la plaza que le interesa y a la que aspira.

Por supuesto, deben darse las circunstancias de que la Administración titular de la plaza lo planifique así y que no se haya ofrecido antes al personal propio por concurso interno.

Estas circunstancias pueden tenerse en cuenta cuando se accede a una plaza por el sistema de promoción interna, pero no por el turno libre.

Recordemos los cambios de situaciones administrativas previstos por las normas vigentes y, sobre todo, que lo regulado por los artículos 62.1 del EBEP y 23.2 de la CE que no se limitan, en su aplicación, a un solo caso sino que han de aplicarse siempre que se den las circunstancias que en ellos se prevén: acceso a la Función Pública.

En relación con esta alternativa, debemos recordar la STS de 2 de enero de 2014 (Recurso 195/2012)<sup>63</sup> F.j.2, que dice:

En tal caso no cabe la infracción del art. 23.2 CE, ya que según la abundante doctrina jurisprudencial: *“Para poder apreciar la existencia de un trato discriminatorio injustificado es necesario: 1º. Que el recurrente ofrezca un término de comparación idéntico, no simplemente semejante o análogo. 2º. Que la desigualdad de trato o consecuencias jurídicas, de existir justificadamente, no sea desproporcionada. 3º. Que esa desigualdad de trato carezca de una justificación objetiva y razonable. 4º. Que siempre y en todo caso la actuación administrativa ofrecida como término de comparación, sea legalmente irreprochable”.*

*“... porque no puede operarse con hipótesis sino con la realidad del concreto caso enjuiciado...”.*

Y, concluye diciendo que no se ha ofrecido por la Administración una *“justificación convincente”* sobre el régimen jurídico que la convocatoria litigiosa establece para el acceso de los aspirantes del turno libre a la fase de concurso.

*“... se trata de diversas formas de acceso a la función pública”.*

La STSJCL de 29 de junio de 2012 (Recursos 936/2010) relacionaba ambos hechos correctamente (de forma sucesiva y no alternativa) diciendo: *“... conforme establece el artículo 30.1 de la Ley 55/2.003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, la selección del personal estatutario fijo se efectuará, con carácter periódico, en el ámbito que en cada servicio de salud se determine, a través de convocatoria pública, de lo que meridianamente se deduce que ha de ser cada servicio autonómico de salud -como en nuestro caso sucede- el que habrá de efectuar las correspondientes convocatorias de los procesos selectivos, que de primeras sólo permiten el acceso directamente al mismo y no a otro servicio de salud. Bien que después, a través de los procesos de movilidad voluntaria, como así se determina en el artículo 37 del mismo texto legal y en el 36 de la Ley autonómica 2/2007, puede participar también el personal estatutario de otros servicios autonómicos, en cuanto integrados, todos ellos, en el Sistema Nacional de Salud, pero lo cual no será ya a través de los sistemas de acceso, sino de provisión.”*

*“Y siendo las cosas como ha quedado dicho... no podrá entenderse vulnerado el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución -que es en definitiva lo que se plantea-, y por ende tampoco podrá decirse que se han infringido los principios de libre concurrencia y de igualdad, mérito y capacidad...”.*

La gran pregunta es: ¿Cómo puede vulnerarse un precepto que no se aplica ni se pretende aplicar a los hechos de los que se parte?

Tampoco entendemos ¿cómo se infringe el art. 37 del EM con ese deber que, en teoría, no cumplió quién fuese y que difícilmente se puede hacer cumplir?

<sup>63</sup> Que casa la del TSJCL de 21.10.11 (Recurso 216/2011) referida a otro tipo de alternativa, el acceso libre y la promoción interna. El recurso de casación fue interpuesto por la recurrente en la primera instancia y es estimatorio frente al criterio del tribunal a quo.

La realidad demuestra que cada Comunidad Autónoma puede convocar sistemas de acceso a su Servicio de Salud y que cada una de ellas puede convocar concursos de traslado<sup>64</sup>.

Como hemos dicho, el EM establece la obligación de abrir a todo el personal de todos los Servicios de Salud el concurso de traslado que se convoque y, sin embargo, no fija la misma obligación para el ejercicio del derecho de acceso.

Y también sabemos que, en el acceso, algunas Comunidades Autónomas “se imponen” como condición, en las correspondientes convocatorias, no admitir como aspirante a aquel ciudadano que ya tiene la condición de personal estatutario fijo<sup>65</sup>.

La convocatoria que dio lugar a este proceso no convocó un concurso de traslado previo, aunque

---

64 No puede decirse que si no se convoca un concurso de traslado antes que el procedimiento de acceso (ingreso) éste sería improcedente por quiebra del principio de igualdad y, tampoco podemos decir que si el Ministerio de Sanidad, responsable último del SNS, no convoca un concurso de traslado entre el personal estatutario de todos los servicios de salud, las Comunidades Autónomas no pueden convocar sistemas de acceso a sus correspondientes Servicios de Salud. Véase SSTs de 10.12.07 (Recurso 9458/2009) y de 10.12.12 (Recurso 4125/2011) que resuelven situaciones diferentes según tiempo y circunstancias.

65 En la mayoría de las veces lo hace a través de Reglamento o del acto de convocatoria. Es el caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura, art. 13 del Decreto 12/2007, de 23 de enero, que regula el acceso; de Baleares: Base 6ª de la convocatoria publicada en la Resolución de 16 de marzo de 2006; de la Comunidad Autónoma Valenciana: Convocatoria de 24 de marzo de 2011 aunque su Decreto 7/2003, de 28 de enero, art. 5, no lo impone. No lo hacen las Comunidades Autónomas de Andalucía (Decreto 136/2001, de 12 de junio, art. 23); Aragón (Decreto 37/2011, de 8 de marzo, art. 15); Galicia (Decreto 206/2005, de 22 de julio, art. 9); Rioja (Decreto 2/2011, de 14 de enero, art. 25); País Vasco (Resolución 1082/2006, de 4 de octubre, nº 6 de sus Resoluciones), Cataluña (Base 4ª de la convocatoria publicada en la Resolución SLT/1136/2010, de 15 de marzo) o Baleares (Base 2ª de la convocatoria publicada en la Resolución de 14 de abril de 2009). Por último, decir, que la Comunidad Autónoma de Murcia, que regula el sistema de acceso por Ley (la 5/2011, de 5 de diciembre, art. 23) no exige tal requisito negativo. Sí lo hace la de Cantabria, por Ley, la 9/2010, citada, y no la Castellano-leonesa, como queda dicho, en su Ley 2/2007, citada, art. 29; aunque en el Decreto 8/2011, también citado, si lo establece. Decir, también, que la Comunidad Autónoma de Asturias, por Acuerdo de 11.11.09, remite al EM. La de Baleares, por Decreto 123/1999, de 17 de junio, remite al Real Decreto Ley 1/1999, citado, que aunque ha sido modificado por Decreto 84/2012, de 4 de octubre, no ha afectado al requisito en cuestión. En relación con las Leyes que incluyan o puedan incluir este “requisito negativo”, véase la STC nº 8/2010, 27 de abril, F.j.2 y la nº 215/2013, de 19 de diciembre, F.j.3, que analiza la posible inconstitucionalidad de una norma autonómica por contradecir una norma básica estatal, como podría ser el caso.

podría haberlo hecho, no compartió las vacantes entre traslado y acceso, como podría haber ocurrido, sino que convocó un concurso-oposición como sistema de acceso a la Función Pública estableciendo unos requisitos y, por tanto, aquellos aspirantes que los reunían no pueden ser excluidos y, menos, cuando ninguna Ley de los que regulan el proceso lo impone<sup>66</sup>.

A continuación, la Sala, para subrayar la infracción del art. 37 EM, dice que como no se ha convocado un concurso de traslado, el concurso-oposición convocado es un concurso de traslado con infracción del Ordenamiento jurídico, por cuanto admite o podría admitir o admitió sin deber admitir a personal estatutario fijo de otra Comunidad Autónoma. Nos parece poco convincente el razonamiento.

Y nos parece así porque la convocatoria de 29 de mayo de 2008 es el desarrollo y aplicación de una Oferta de Empleo Público<sup>67</sup> para acceso por turno libre con reserva de plazas para personas con discapacidad y para una posible promoción interna<sup>68</sup>. En ella se establece una fase de oposición con 90 preguntas del programa, con constitución de una bolsa de empleo de conformidad con el art. 34 de la LFPCL, con derechos de examen, con Tribunal nombrado por la propia Comunidad Autónoma convocante, con nombramiento de los aprobados como personal estatutario fijo del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Castilla y León<sup>69</sup>.

No obstante, la Sala resuelve el recurso planteado señalando, en primer lugar, que la normativa prevalente aplicable debe ser el EM y el EBEP (art. 2.4) y, por ello, es la normativa estatal<sup>70</sup>, dice, la que ha de aplicarse y tenerse en cuenta para decidir el recurso interpuesto.

---

66 La Orden ADM/1757/2008, citada, solo puede obligar al personal propio.

67 En este caso de dos Ofertas acumuladas, la de 2007 y la de 2008.

68 Como queda dicho, ninguna de estas se cubrieron y, por tanto, fueron acumuladas al turno libre.

69 Con sus exigencias específicas. Véase, también, los artículos 26 y siguientes del EJEPL.

70 Entendemos que la autonómica, no; ¿tal vez, por la incidencia que tendría en la decisión de admitir o no el recurso interpuesto? Véase, ARIAS CRIADO, Bernabé: “El personal estatutario de los servicios de salud. Cuestiones diversas. Cuestiones polémicas”, Derecho sanitario: Noticias jurídica, 2011, pp. 4-9.

La Sala, para apoyar sus argumentos, cita tres sentencias de su misma Sección<sup>71</sup> que veremos, aunque ya decimos que se refieren a hechos distintos.

La pregunta es: ¿por qué no ha de tenerse en cuenta el EJPECL y la LFPCL? Entendemos que también son aplicables, como recoge la propia convocatoria y señala el Consejo de Estado.

Veamos lo que dice el TC en su Auto nº 85/2013, de 23 de abril, F.j. 6: “... una interpretación de la base estatal en el sentido de que sus mandatos, en tanto que dirigidos a la correspondiente Administración sanitaria, solamente por ella pueden ser llevados a la práctica significa desconocer las competencias estatutariamente reconocidas, así como impedir al legislador autonómico realizar valoración alguna respecto a las necesidades de interés general que deben ser atendidas por la acción administrativa en el ámbito sanitario, en atención a las necesidades concurrentes, y para establecer prioridad entre ellas, eligiendo las medidas más convenientes para dar satisfacción a esas necesidades...”<sup>72</sup>

### 3.3 Ordenamiento jurídico aplicable y protección de los principios de “exigencia implícita” y de “requisito negativo” como elementos de “la lógica del sistema”.

71 De 16.01.12 (Recurso 6071/2010), de 13.02.12 (Recurso 3702/2011) y de 24.09.12 (Recurso 4560/2011).

72 MURILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio: “Ordenamiento jurídico actual: Habilitación, competencias, desarrollo, supletoriedad”, Derecho y Salud, Vol. 14, número extraordinario 2, 2006, p. 29. Partiendo del art. 3 del EM dice: “Es con relación a este personal donde el EM adquiere su más pleno sentido, estableciendo las bases de un régimen funcional especial que debe completarse con las normas de desarrollo que (con r) respecto a sus respectivos colectivos de personal dicten el Estado y las Comunidades Autónomas. Una vez que se produzca, estará plenamente acabado el *régimen estatutario especial* que sustituirá a los viejos estatutos de los años sesenta del pasado siglo, adaptando el régimen de este personal a la estructura organizativa de la sanidad en el Estado de las autonomías. Esto supondrá, como es obvio, que donde había un régimen estatutario especial habrá ahora dieciocho estatutos especiales de contenido más o menos próximos o lejanos en función de la diversidad problemática que se plantee en cada Comunidad Autónoma y en los servicios de salud del Estado y de sus respectivas políticas. Al mismo tiempo hay otros tantos regímenes estatutarios generales que en el Estado y en cada Comunidad Autónoma establecen el régimen general de la función pública y son de aplicación supletoria en lo no previsto por las normas del EM y de desarrollo del mismo (art.2 apartado 2.)”. PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco: Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso al empleo del personal de los servicios de salud. INAP. Madrid 2011. pp. 318-319.

Las “normas prevalentes” para resolver la cuestión, según la Sala, son el EM (sin concretar precepto) y el EBEP en su art. 2.4. Procedemos a su análisis, pero antes debemos reiterar que, también, son de aplicación las Leyes aprobadas por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, citadas, la LFPCL y el EJPECL.

La primera (que, como decíamos, regula la Función Pública de Castilla y León) constituye el desarrollo del EBEP en el ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, como prevé su art. 6. La segunda (que aprueba el Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León) es, a su vez, el desarrollo del EM (art. 3).

A estas leyes han de unirse otras normas que las desarrollan. Citamos ahora, la Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León, el Decreto-Ley 2/2012 de 25 de octubre, que adopta medidas urgentes en materia sanitaria<sup>73</sup> y el Decreto 8/2011, de 24 de febrero, que aprueba el Reglamento de Selección y determinadas formas de provisión de plazas y puestos de trabajo del personal estatutario en centros e instituciones sanitarias dependientes de la Gerencia Regional de Salud.

Para empezar, hemos de decir que ninguna de ellas establece, reconoce, la estructura organizativa y funcional que se deduce de la doctrina fijada por la Sentencia del TS que comentamos.

Dicho de otra manera, en la Comunidad Autónoma de Castilla y León se crea, como Organismo Autónomo, el Servicio de Salud de la Comunidad, denominado Gerencia Regional de Salud; adscrito a la Consejería competente en materia de sanidad, dotado de personalidad jurídica propia, patrimonio y tesorería propios y con plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines (art. 26 de la Ley 8/2010).

Eso sí, integrado dentro del SNS construido por la LGS que inició el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas Sanitarias en el conjunto del Sistema<sup>74</sup>.

Entre sus funciones está (art. 28 de la misma Ley) la de “Organización, dirección y gestión de los recursos humanos, materiales y financieros que le estén asignados para el cumplimiento de los fines y funciones que tenga encomendados”.

73 Que modifica a la LFPCL, al EJPCCL y a la Ley 8/2010, citada. Véase STS de 14.07.11 (Recurso 54/2008) de la misma Sala y Sección. F.j.8.

74 BEATO ESPEJO, M. “El Sistema Sanitario Español: ...”. Ob. cit., pp. 386-389 (RAP 120).

Este Organismo tiene estructura y características propias y cuenta con los recursos humanos necesarios. Estos recursos humanos se conforman, como señala el art 34 de la misma Ley, por el Personal de la Gerencia Regional de Salud y que “será”, fundamentalmente, estatutario, funcionario y laboral, sin perjuicio de otras posibles modalidades de personal conforme a la normativa vigente.

Para la adecuada ordenación de este Personal, la Comunidad Autónoma aprueba sus propios instrumentos: los Planes de Ordenación de Recursos Humanos, la Plantilla Orgánica (así la llama el art. 13 de la Ley 2/2007) y la Oferta de Empleo Público.

Asimismo, para la selección del personal necesario para cubrir las vacantes existentes, aprueba su propia convocatoria bajo alguno de los sistemas de selección previstos por la misma Ley, establece el procedimiento de provisión de plazas, nombra a quienes lo superen y, tras ello, adquieren la condición de personal estatutario fijo de la Comunidad Autónoma<sup>75</sup>.

El personal seleccionado se integra en Cuerpos, Escalas, Especialidades y Categorías creadas y estructuradas dentro del propio Sistema (el de la Comunidad Autónoma)<sup>76</sup>.

La LFPCL en su art. 1.4 considera que los Título IV (Régimen estatutario de los funcionarios públicos)<sup>77</sup> y V (Representación y participación en las condiciones de trabajo) serán de aplicación al personal estatutario de los servicios de salud, en aquello que sea compatible con la naturaleza jurídica de su relación con la Administración y siempre que no se contravenga su normativa propia. Y, sin que ello impida a la Comunidad Autónoma aprobar normas específicas, como ya se ha hecho.

Y, a tales efectos, dice que es personal estatutario al servicio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León el incluido en el ámbito del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud y normas de desarrollo (artículos 6 y 7) que presta servicios en la Gerencia Regional de Salud<sup>78</sup>.

---

75 Como señala la Exposición de motivos del EJPECL, apartado III, la provisión de plazas, la selección de personal y la promoción interna y la movilidad del personal se regula en el Capítulo VI de la Ley. Se pretende dotar al Servicio de Salud de Castilla y León de sistemas propios de selección y provisión.

76 PÉREZ GÓMEZ, José M<sup>a</sup> y PÉREZ LÓPEZ, Roberto: “Régimen Jurídico del Personal...”. Ob. cit, p. 197.

77 Artículos 28 y siguientes que son los que ahora nos interesa.

78 ARIAS CRIADO, Bernabé. “El personal estatutario de los servicios...”. Ob. cit. Pág. 3. Lo define también vinculándolo, como no puede ser de otro modo, al Servicio de Salud en el que

Una vez definido el ámbito de aplicación de la Ley a este personal que, en esencia, es lo que denominamos su régimen jurídico específico, su normativa propia, aquel que se adecúa a las características específicas de la profesión sanitaria y del servicio sanitario-asistencial y, por supuesto, a la organización integral del SNS<sup>79</sup>; decíamos, que una vez definido el ámbito, procede (la Ley) a su ordenación (dentro de cada Grupo<sup>80</sup>) en Cuerpos, Escalas, Especialidades y Categorías.

Los Cuerpos y Escalas se crean mediante Ley y las Especialidades y Categorías<sup>81</sup> por Decreto, como sabemos.

---

presta sus funciones, a sus Centros e Instituciones.

79 El contenido esencial de esta prestación se detalla en el apartado II de la Exposición de motivos del EJPECL. Entre sus elementos conviene destacar ahora los siguientes aspectos: la determinación de categorías y especialidades que se consideren apropiadas para la prestación de la asistencia sanitaria, la regulación de los procedimientos de selección y provisión de las plazas y puestos de trabajo, el desarrollo de la carrera profesional y la regulación de un régimen homogéneo y uniforme de situaciones administrativas. Véase el Acuerdo Marco sobre Ordenación de los Recursos Humanos de la Gerencia Regional de Salud para la mejora de la calidad de la asistencia sanitaria en Castilla y León, de 29 de mayo de 2002.

80 Véase Disposición transitoria primera del EJPECL en relación con su art. 18, que clasifica al personal estatutario sanitario dentro de los Grupos y Subgrupos de clasificación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

81 El art. 25 del EJPECL establece las Categorías profesionales del Servicio de Salud de Castilla y León y determina su contenido (Anexo I). La Disposición final cuarta remite a la norma reglamentaria, al procedimiento de creación, modificación y supresión de categorías. Véase, también, la Disposición adicional tercera del Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social (vigente con valor reglamentario según el EM, Disposición transitoria sexta) que establece que la creación, supresión, unificación y modificación de categorías se efectuará, en cada Administración Pública, mediante norma del rango que, en cada caso, proceda, previa negociación en la correspondiente Mesa Sectorial. Véase la Disposición adicional 4<sup>a</sup> de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud, con idéntico texto. Y, por todas, el art. 15 del EM, modificada por el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, dispone que “En el ámbito de cada servicio de salud se establecerán, modificarán o suprimirán las categorías de personal estatutario de acuerdo con las previsiones del capítulo XIV (Representación, participación y negociación colectiva) y, en su caso, del artículo 13 de esta ley (Planes de Ordenación de Recursos Humanos)”; que constituyen, dice, el instrumento básico de planificación de tales recursos dentro del servicio de salud y que se aprobarán en la forma que cada servicio determine. Pero, creemos más determinante el contenido del siguiente art. 14.1 que dispone que los servicios de salud establecerán las diferentes categorías o grupos profesionales existentes en su ámbito. Deja, como queda dicho, al Ministerio de Sanidad, previa comunicación de cada Servicio de Salud, la aprobación de un catálogo homogéneo donde se establecerán las equivalencias de las categorías profesionales de los servicios de salud. PÉREZ GÓMEZ, J. M<sup>a</sup> y PÉREZ LÓPEZ, R: “Régimen Jurídico del Personal...”. Ob.

Establecida la estructura de ordenación del personal al servicio de la Gerencia Regional de Salud se procede a la convocatoria y selección de aquellos ciudadanos (art. 23.2 CE) que deseen optar a las plazas que se convocan.

Como señala el art. 6.2 i) del EJPECL, corresponde al Consejero competente en materia de sanidad, convocar las pruebas de selección de personal estatutario, estableciendo las bases, programas y contenido<sup>82</sup> y en el apartado j) nombrar como personal estatutario fijo<sup>83</sup> a aquellos aspirantes que hayan superado las pruebas de selección y la expedición de los correspondientes títulos.

Corresponde, también, al Consejero competente en materia de sanidad efectuar la convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a las plazas de que se trate y, ello, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo siguiente del mismo artículo que determina el contenido de sus bases.

Y, dice este apartado: "... deberá contener, además de las especificaciones establecidas con carácter necesario en el artículo 30.4 de la Ley 55/2003... al menos..." las siguientes que señala. Pero, el apartado 4º del citado art. 30 del EM dice que las convocatorias deberán identificar las plazas convocadas indicando, al menos, su número y características y especificarán las condiciones y requisitos que deberán reunir los aspirantes<sup>84</sup>.

El art. 29 del EJPECL establece tales requisitos, diciendo: "Para poder participar en los procesos selectivos de personal estatutario fijo, será necesario reunir los siguientes requisitos...". Entre ellas no está el "requisito negativo" que determina la Sentencia que comentamos ni debe entenderse "implícito"<sup>85</sup>.

cit.pp. 195-196.

82 Competencia distinta a la del apartado 2 g) del mismo artículo: "Convocar y resolver concurso de provisión de puestos de trabajo de personal estatutario".

83 PÉREZ GÁLVEZ, J. F: Incidencia del Estatuto Básico del..., Ob. cit, p. 227, que define y señala las características derivadas de su nombramiento.

84 Estos requisitos se expresan en el párrafo siguiente del mismo artículo y no establece el "requisito negativo" que determina la Sentencia que comentamos.

85 Tampoco lo recoge el art. 4.4 de la Ley 30/1999 citada. Tampoco el art. 3.3 del Real Decreto-Ley 1/1999, de 29 de junio, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social ni, antes, el Real Decreto 118/1991, de 25 de enero, sobre la misma materia; ambas normas remiten a las bases generales que podrán aprobarse (art. 3.3 en las dos) que desconocemos y que las sentencias del caso no mencionan. Solo podemos acudir a la Resolución de

Sin embargo el Decreto 8/2011, en su art. 5, añade un requisito más a los que establece el citado art. 29, diciendo: "... para ser admitido al proceso selectivo será necesario no pertenecer con carácter fijo a la misma categoría estatutaria y especialidad, en su caso, en la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes".

En este caso es exigible hacer varias consideraciones:

a) Que no puede modificarse una Ley a través de un Reglamento. El TS en su Sentencia de 11 de junio de 2008 (Recurso 1054/2005) dice: "*La regulación del estatuto funcional está constitucionalmente reservado a la Ley (art. 103.3 CE). Esta reserva de ley tiene alcance relativo, pues no impide la colaboración de las normas reglamentarias... (pero) descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma (con rango) de Ley en la labor que la Constitución le encomienda. Fj. 3 c)*". F.j.4

"... de modo que no se llegue a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esa facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir".

7 de octubre de 1998, de la Dirección General de Recursos Humanos del INSALUD que establece las bases comunes que han de regir las pruebas selectivas para la adjudicación de plazas vacantes de Facultativos Especiales de Área en los Servicios del INS (Base 2.1) y a la Orden APU/3416/2007, de 14 de noviembre, que establece las bases comunes que regirán los procesos selectivos para el ingreso en la AGE (Base 9º) que entre los requisitos que señala no cita el tal "requisito negativo". PÉREZ GALVEZ, J. F: Incidencia del Estatuto Básico del..., Ob. cit, pp. 212-220, después de señalar que son cinco los requisitos exigibles para el acceso, destaca de forma "peculiar" la no exigencia del tal sexto requisito "negativo" diciendo: "No se suele incluir este requisito en el grupo normativo regulador estatal, pero las leyes y disposiciones autonómicas que regulan los requisitos de participación lo incluyen al entender que no tiene sentido la participación de aquellos que ya ostentan la condición de estatutario fijo en el servicio de salud"; es decir, los propios. El autor, sin más, remite a la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de Instituciones Sanitarias de Cantabria, art. 35 g) que sí lo exige. No dice por qué, ni por qué no lo exige otras Comunidades Autónomas, partiendo del carácter básico del EM. Véase nota 65. Pero, en cualquier caso, partiendo del análisis del caso que planteamos, debemos recordar que Castilla y León, no lo establece. Aunque, a nuestro entender, las preguntas claves en este punto es si tal exigencia se puede imponer a los candidatos que acceden libremente a una plaza y, en su caso, por qué; si la puede imponer a posteriori (sin que esté en las Bases de la convocatoria) la Administración convocante; si los Tribunales de justicia ante la impugnación de un acto administrativo puede entenderlo implícito.



b) Que la referencia de “identidad de categoría y especialidad” se hace a sus propios Cuerpos y Escalas.

c) Que afecta al personal estatutario de la Gerencia Regional de Salud<sup>86</sup>.

d) Que será, en todo caso, aplicable a partir de la entrada en vigor del Decreto que fue el 26 de febrero de 2011.

e) Que se establece, vía reglamentaria, un límite al derecho de acceso previsto en el art. 23.2 de la CE<sup>87</sup>.

En relación con las “normas prevalentes” que apunta la Sala 3ª, debemos hacer el mismo razonamiento para llegar a idéntica conclusión.

---

86 Véase, art. 1.

87 El Preámbulo del Reglamento justifica esta limitación (como novedad) en la doctrina del Tribunal Constitucional sin decir en qué sentencia. Pensamos que es la nº 126/2008, citada, que resuelve una cuestión excepcional, que analizaremos. No obstante, véase la nota 34. Para dar respuesta a este planteamiento, la Sala acude a la doctrina del TC (por todas, la Sentencia 30/2008, de 25 de febrero (F.J. 61) que dice: “... nos encontramos ante un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes... Una verdadera predeterminación que ha de asegurar que la Administración... no pueda actuar con un indiscriminado arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el art. 23.2 CE...”. “En suma, la fijación ex ante de los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consista la igualdad, mérito y capacidad para cada función es la única forma de que pueda ejercerse el derecho mismo”. [Remite, entre otras, a la Sentencia 48/1998, de 2 de marzo, F.j. 7 b)]. Sigue diciendo: “Una vez garantizada la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo, ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento. En todos los momentos del proceso selectivo la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual”. Ya se había pronunciado antes el Alto Tribunal en Sentencias nº 73/1998, de 31 de marzo, F.j. 3 y 99/199, de 31 de mayo, F.J. 4. Pero debemos citar la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de 07.03.08, en especial su F.j.2 por la exactitud del análisis del caso y por la doctrina jurisprudencial del TS y del TC a la que remite. Véase, VILLAR ROJAS, Francisco José: “El Derecho Transitorio: de los viejos estatutos al nuevo estatuto”, Derecho y Salud, Vol. 14, número extraordinario 2, 2006, pp. 72-73, que dice: “... en ningún caso, las Comunidades Autónomas podrán modificar esta norma estatal, sea cual sea su rango...”. “... la vinculación de la vigencia de determinadas normas estatales, derogadas, con la iniciativa legislativa de cada Comunidad Autónoma... solo se entiende a partir de una concepción de lo básico como un conjunto de principios y objetivos generales, ineficaces por sí mismos, cuya efectiva aplicación depende de la actuación autonómica...”. “... el sistema constitucional de competencias se opone a que la vigencia de una norma estatal básica dependa de la iniciativa legislativa de cada Comunidad Autónoma... Ni siquiera la innegable necesidad de coordinación y articulación que caracteriza el sistema sanitario público justifica este singular entendimiento”.

Los preceptos del EBEP que la Sentencia menciona, a nuestro criterio, no fundamenta la decisión que adopta. Y es así, porque se limita a señalar el art. 55 de este Estatuto Básico, que inicia su Título IV dedicado a regular la adquisición y pérdida de la condición de funcionario y el art. 78 que inicia el Capítulo III (Provisión de puestos de trabajo y movilidad) del Título V (Ordenación de la actividad profesional) ámbitos muy distintos y distantes en la Ordenación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Pero, sobre todo concluye apuntando a su art. 62.1 que se refiere a la adquisición de la condición de funcionario público, para decir, “... entendemos que en la ley es único dicho acceso y única la condición de funcionario...”. Dicho de otra manera, ya expresada, que la condición de funcionario se adquiere solo una vez. No podemos estar en más desacuerdo, como quedó señalado y es fácil de explicar.<sup>88</sup>

Para llegar, la Sala, a la decisión que adopta, incorpora (crea) un nuevo principio rector que ha de regir en el acceso a la Función Pública y dice que en el citado art. 55 del EBEP debe entenderse “*implícitamente*” que quien sea ya funcionario público está tachado para el ejercicio del derecho constitucional del art. 23.2 CE. Porque este principio rector que añade el citado precepto<sup>89</sup> supondría la quiebra de otro principio, en este caso de orden constitucional, el de igualdad.

---

88 Tal vez algún Magistrado de la misma Sala fue antes Catedrático de Universidad o Letrado del Consejo de Estado o Abogado del Estado o Fiscal o Secretario judicial. Sin duda tuvo que cumplir tales requisitos en cada acceso. Y respondamos a la pregunta: ¿En qué situación administrativa se encuentra un funcionario cuando, por incompatibilidad, opta por un Cuerpo, Escala, Especialidad o Categoría distintos del de origen? Recordemos cuál es la situación de “Servicio en otras Administraciones Públicas” (art. 88 del EBEP) y, especialmente, la situación administrativa de los funcionarios de la AGE que se integran en la Comunidad Autónoma a la que han sido transferidos y que adquiere la condición de funcionario de carrera de esa otra Administración Pública. Véase la situación administrativa prevista en el art. 85.2 b) del EBEP o la descrita en el art. 66.1 a) del EM (“excedencia voluntaria por prestar servicios en otra categoría de personal estatutario, en otra Administración Pública, salvo que hubiera obtenido la correspondiente compatibilidad), o la situación prevista en el art. 15 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo (modificado por el Real Decreto 255/2006, de 3 de marzo) que aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la AGE, que regula la situación de excedencia voluntaria por prestar servicios en el sector público, con la aplicación dada por la Resolución de 21 de junio de 2007, citada, Instrucción 11 f).

89 Ni siquiera de orden legal. De incorporar la Sala esta exigencia debería ser al art. 56 EBEP. “requisitos generales” para poder participar en los procesos selectivos. Pero, desde luego, tampoco ahí procede.

Remarca su postura diciendo que, en tal caso, las posiciones de las que parten los distintos aspirantes al acceso a un Cuerpo, Escala, Especialidad o Categoría son distintas y que eso quiebra el principio de igualdad. Basta recordar el Auto del TS de 13 de diciembre de 2012, citado.

La Sala inventa (construye, da forma) un “*requisito negativo*” y, además, estima que “*es obligado considerarlo implícito (en el citado art. 55) por exigencia de la lógica jurídica*”.

¿Qué lógica es esa? ¿De qué sistema? Por los preceptos que utiliza parece que se refiere al sistema general de acceso a la condición de funcionario público, estructurado en el EBEP y antes en la LMRFP y antes en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Texto Articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero; aún vigentes en parte. Todos ellos derivados del art. 149.1.18 CE, que establece las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas, sin perjuicio, dice el precepto, de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas.

Tales bases fueron aprobadas por el EBEP, citado, y la Comunidad Autónoma de Castilla y León las aplica en su territorio y regula sus especialidades en la mencionada LFPCL. Y, de ninguna de las dos deducimos la existencia de un “*cuerpo único*” que permita un “*único acceso*” y la adquisición de “*una única condición*” de funcionario público. Hemos de reconocer que así lo deseáramos y que debería extenderse; pero no es así. Su encaje dentro del régimen jurídico de las Autonomías que instala nuestra Constitución de 1978 no lo permite<sup>90</sup>.

La mención que hace la Sentencia al art. 2.4 del EBEP, como “*normativa prevalente*” aplicable al caso es más extraña aún, a no ser que la Sala quiera reiterar lo dicho por la propia ley, que el estatutario fijo de los Servicios de Salud es funcionario de carrera y como tal debe tratarse por la Norma.

Si la Sala se refiriera al sistema que se deriva de la LGS el resultado es idéntico. No encontramos en ella, en especial, en el Capítulo VI “Del personal”, art. 84 y siguientes, del Título III “De la estructura del Sistema Sanitario Público”, esa argumentación.

90 Algo así nos planteábamos al inicio del proceso autonómico cuando preguntábamos si con cualquier título del Grupo A podíamos ejercer cualquiera de las funciones de los distintos Cuerpos y Escalas de ese Grupo. La respuesta fue que no. No es necesario entrar ahora en mayores explicaciones.

El art. 84 remite al EM diciendo en su párrafo 2<sup>o</sup><sup>91</sup> que en el Estatuto Marco se contendrá la normativa básica en materia de clasificación, selección, provisión de puestos de trabajo y situaciones, derechos, deberes, régimen disciplinario, incompatibilidades y sistema retributivo, garantizando la estabilidad en el empleo y su categoría profesional<sup>92</sup>.

Las normas de las Comunidades Autónomas en materia de personal se ajustarán a lo previsto en dicho Estatuto Marco. Y sigue diciendo el párrafo 3<sup>o</sup>, la selección de personal y su gestión administrativa se hará por las Administraciones responsables de los servicios a que estén adscritos los diferentes efectivos<sup>93</sup>.

El Estatuto Marco, como queda dicho, se aprobó por la Ley 55/2003, citada, que tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el SNS<sup>94</sup>.

Además, es directamente aplicable al personal estatutario de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas<sup>95</sup>. No obstante, en desarrollo de la normativa básica contenida en esta Ley, el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, aprobarán las demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio de salud<sup>96</sup>.

Y en lo que ahora interesa, hemos de recordar el contenido del art. 29.2 del EM que establece que la provisión de plazas de personal estatutario se realizará por los sistemas de selección, de promoción interna y de movilidad, mediante el procedimiento que en cada servicio de salud se establezca.

Entre los requisitos para poder participar en las convocatorias de selección de este personal, no se establece el “*requisito negativo*” configurado en la Sentencias que comentamos<sup>97</sup>.

91 El párrafo 1<sup>o</sup> ha sido derogado por el EM.

92 Su concreción se establece en los “viejos estatutos” que seguirán en vigor hasta la aprobación del EM que los deroga. Véase, GARCÍA NINET, José Ignacio: “Antecedentes o precedentes del Estatuto Marco del Personal estatutario de los Servicios de Salud”, Derecho y Salud, Vol, 14, número extraordinario 2, 2006, p. 20.

93 El art. 85 de la LGS remite a la LMRFP y al resto de la legislación básica en vigor en materia de funcionarios. Hoy, sobre todo, al EBEP y normas de desarrollo.

94 Art. 1.

95 Art. 2.1

96 Art. 3.

97 Véase el art. 30.5

En desarrollo y aplicación del Estatuto Marco, la Comunidad Autónoma de Castilla y León aprueba el EJPECL<sup>98</sup>, citado, que en su Capítulo VI, art. 26 y siguientes, establece la normas de selección de su personal partiendo de su Oferta de Empleo Público y, por supuesto, de la dotación presupuestaria aprobada.

Tampoco el art. 29 entre los criterios generales de provisión hace mención al “*requisito negativo*” que monta la Sentencia del TS.

Un repaso al articulado del EM subraya la singularidad de cada Servicio de Salud para el acceso y el correspondiente nombramiento para ejercer su función. Por el contrario, cuando se pronuncia sobre la movilidad de este personal, art. 29 d), lo abre al “... conjunto del SNS”.

No vemos, pues, ninguna condición que haga presumir que una determinada Comunidad Autónoma está seleccionando a personal de todos los Servicios de Salud de todas las Comunidades Autónomas o para que presten servicio en cualquiera de ellos<sup>99</sup>;

98 Modificado en 2008.

99 Tal vez, si el art. 8 del EM, al definir al personal estatutario fijo dijera que es aquel que “... una vez superado el correspondiente proceso selectivo en cualquiera de los Servicios de Salud del Sistema Nacional de Salud obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de él deriven en cualquiera de tales Servicios” podríamos deducir que la Ley establece ese “acceso único”, esa “condición (única) de funcionario de carrera” y esa pertenencia a un “cuerpo único”, pero no lo dice así. Es relevante en este punto, la afirmación que hace JIMÉNEZ ROMANO, Ramón: “La nueva ley de selección de personal estatutario”, Ponencia presentada en el IX Congreso Derecho y Salud: “Cambios en el Derecho Sanitario. ¿Respuesta adecuada?”, Sevilla, 2000. Derecho y Salud, Vol, 9, núm. 1, 2001, p. 32. El ponente, al analizar las características fundamentales de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, citada, señala, como 3ª, que “... la Ley establece el principio de libre circulación de los profesionales entre todos los Servicios de Salud” y, para conseguir ese objetivo, la norma adopta, entre otras medidas, “En primer lugar, ... que el personal estatutario se encontrará en situación de servicio activo en todo el Sistema Nacional de Salud, sea cual sea el Servicio de Salud en que se encuentre prestando servicios y con independencia del Servicio de Salud en que, de origen ingresó” y, a continuación afirma: “El mantenimiento de la situación de servicio activo supone, en alguna manera, la consideración del profesional como personal del conjunto del SNS, no sólo de un Servicio de Salud concreto”. Esta afirmación si la viéramos en la Ley 30/1999 o en el EM sería contundente y dudo que el Tribunal de instancia la hubiera obviado. No la encontramos tampoco en ninguna de los textos legales aplicables. En la Ley 30/1999 ni por aproximación. En el Borrador de Anteproyecto de Ley de Estatuto Básico del Personal del Sistema Nacional de Salud, aprobado en mayo de 2002, tampoco lo encontramos (art. 57). En el EM no lo vemos en el citado art. 8 ni el art. 32 (nombramiento) y se aproxima en el art. 63 al determinar quién está en servicio activo: “cuando (se) preste los servicios correspondientes a su nombramiento... cualquiera que sea el servicio de salud... en el que se encuentre destinado...”.

cosa que nunca aceptaron ni aceptarían hoy. El temario exigido es propio (conforme con sus Instituciones), su concepción de la formación continuada<sup>100</sup> se desarrolla dentro de los criterios establecidos por la Comunidad Autónoma que los selecciona y con los niveles de servicio por ella establecidos<sup>101</sup>.

Dicho de otra manera, que cualquier estatutario que preste los servicios para el que ha sido nombrado (y el nombramiento se hace en cada Servicio de Salud) está en servicio activo. Y, es lo coherente, atendiendo al sistema jurídico impuesto en la Constitución de 1978. En similares términos se pronuncia el art. 86.1 EBEP al determinar esta misma conclusión para los funcionarios de carrera: “... quienes presten servicios en su condición de funcionario público cualquiera que sea la Administración u Organismo Público o entidad en el que se encuentren destinados...”; y no llegamos a la misma conclusión, aunque creemos que el TS en este caso sí que llega. A lo más que podemos llegar es a entender que se puede estar en esa situación en las dos Administraciones Públicas, como ocurre, por ejemplo, con el funcionario que se integra en un Cuerpo de personal estatutario. Véase también MURILLO-VELARDE PÉREZ, J. I: “Ordenamiento jurídico actual: ...”. Ob. cit., p. 28, que dice: “Los principios de estabilidad en el empleo y en el mantenimiento de la condición de personal estatutario fijo, de libre circulación del personal estatutario en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, de integración en el régimen organizativo y funcional del servicio de salud y de sus centros e instituciones constituyen opciones del legislador básico configuradoras de esta especialidad de relación funcional que, obviamente han de observarse por las normas de desarrollo, pero son prescindibles en caso de reforma del EM, por más que sean sumamente atendibles y adecuado en el contexto del Estado social”. En este punto, debe prestarse especial atención a la exigencia del conocimiento de las lenguas oficiales en las correspondientes Comunidades Autónomas que son o pueden ser, en su caso, requisitos excluyentes. Así se pronuncia el Informe emitido por la Organización Médica Colegial sobre el EM en Abril de 2005, pág.17: “... al no haberse incluido en el articulado ninguna limitación ni reserva respecto de la posibilidad de otorgar carácter excluyente al desconocimiento de las lenguas oficiales, se corre el riesgo cierto de convertir en letra muerta de la Ley a la “movilidad del personal en el conjunto del Sistema Nacional de Salud”, prevista por el artículo 29 d), a cuyos efectos debería establecerse la correspondiente reserva en los respectivos estatutos que en su momento puedan aprobarse por las Comunidades Autónomas”.

100 En el sentido en el que lo entiende PRATS I CATALÁ, Joan: “La formación continuada de los profesionales sanitarios” en La Ordenación de las profesiones sanitarias, Derecho y Salud, V Congreso, 1996, p. 73: “... acciones dirigidas a mejorar el rendimiento de las organizaciones mediante la elevación de las competencias, es decir, de los conocimientos, de las habilidades, de las destrezas, de las actitudes, de los valores y de las identidades de los miembros de la organización”, “... en cómo establecer el diseño organizativo”. Véase, también, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: “La Ordenación de las profesiones sanitarias” en La Reforma del Sistema Nacional de Salud: Cohesión, calidad y estatutos profesionales. M. Pons y Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III, 2004, pp. 305-306 y su remisión a la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias; Exposición de motivos y artículos 33 y siguientes, vinculándola (la formación continuada) a la carrera profesional. BEATO ESPEJO, M: “Los derechos de los usuarios de los servicios y profesiones sanitarias en la Unión Europea”, Noticias de la Unión Europea, núm. 185, 2000, p. 55.

101 Véase, ATC nº 201/2008, de 3 de julio, que resuelve

Lo que vemos en esta Ley son llamadas a la coordinación y colaboración (art. 38 EM y art. 43 de la Ley 16/2003, citada), que prevé distintas convocatorias de provisión de plazas (por traslado, no por acceso) para más de un Servicio de Salud, o requerimientos para la homologación de categorías, como dijimos, o toques de atención hacia la formulación de criterios de homogeneización de las relaciones de empleo (Disposición adicional 5ª) o invitación al establecimiento de condiciones en las que el personal estatutario de los servicios de salud puedan prestar indistintamente servicios en los ámbitos de aplicación de otros estatutos de personal del sector público (Disposición adicional 6ª)<sup>102</sup>, o esfuerzos a la integración del personal funcionario de los servicios sanitarios locales, art. 10 del Real Decreto-Ley 16/2012 que añade una Disposición adicional décimo sexta al EM o la Resolución de 29 de enero de 2007 de la Dirección General de Recursos Humanos y Servicios Económico-Presupuestarios del Ministerio de Sanidad y Consumo, que publica el Acuerdo que fija los criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional del personal de los servicios de salud<sup>103</sup>.

---

una Cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre infracción de la normativa básica por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de retribuciones: “... hemos de apreciar que la normativa estatal que se utiliza como canon en el control de constitucionalidad de la normativa autonómica tiene una indudable naturaleza básica... Con arreglo a tal carácter es susceptible de ser desarrollada en el ámbito de cada Servicio autonómico de salud... en cuya virtud corresponde a cada Comunidad Autónoma en el ámbito de su correspondiente servicio de salud establecer tanto las retribuciones complementarias a percibir por su personal como el modelo de carrera profesional y la relación que deba existir entre ambos aspectos”. F.j.6.

102 A nivel interno lo establece la Disposición adicional novena de la LFPCL, “Proceso de estatutarización” del funcionario de carrera o del personal laboral. Este personal tuvo antes, como el resto del personal al servicio de las Administraciones Públicas y, en especial, de las Comunidades Autónomas, su proceso de laboralización, seguido por otro de funcionarización que concluyó en el actual de estatutarización y es posible que en un futuro pueda orientarse hacia nuevas vinculaciones pasando por otra laboralización. Véase un apunte de ese proceso en, BEATO ESPEJO, M: “Nuevo modelo económico en la prestación de servicios sanitarios: Privatización en la gestión y técnicas gerenciales, fomento de la libre elección por el usuario y ejercicio libre de la actividad empresarial”, RAP núm. 131, 1993, pp. 385-386 y doctrina que cita.

103 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M: “El sistema Nacional de Salud...”, Ob. cit, pp. 8-9, dice, que ante la idea unitaria e integradora del SNS en todo el Estado, “La contrapartida... no puede ser otra que el reconocimiento al Estado... de poderes normativos básicos y de la correspondiente coordinación y planificación sanitaria como instrumento de reconducción a la unidad del sistema sanitario a nivel de todo el conjunto estatal”. BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: “La igualdad básica, la coordinación y la cooperación interterritorial: Fundamentos del Sistema Nacional de Salud”, Derecho y Salud, Vol, 10, núm.

Debemos concluir de la misma forma que la Sentencia a quo, al decir que ninguna de “estas disposiciones... impiden participar en las pruebas selectivas para ingreso como personal estatutario a quienes tengan tal condición, con lo que... resultan quebrantados los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito y capacidad”.

### 3.4 Jurisprudencia que sirve de apoyo a la Sala.

Decíamos que el TS para avalar uno de los argumentos de la Administración recurrente (que la pertenencia del aspirante al mismo Cuerpo, Escala, Especialidad y Categoría de la plaza convocada es igual, estructuralmente, que la pertenencia a otro Cuerpo, Escala, Especialidades y Categorías de otro Servicio de Salud de otra Comunidad Autónoma) acude a su jurisprudencia, dictada, dice<sup>104</sup>, “en asuntos similares al actual”. Se refiere a las Sentencias de 16 de enero de 2012, de 13 de febrero de 2012 y de 24 de septiembre de 2012, citadas<sup>105</sup>, que analizaremos brevemente ahora en tanto que se “orientan” a asentar los principios de actuación del Tribunal.

La primera consideración a tener en cuenta, sustancial, es que en las tres sentencias, los profesionales

---

2, 2002, p. 126. “Culminada la transferencia de la asistencia sanitaria pública a las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE, la estructura del Sistema sanitario soporta a partir del año 2002 un cambio cualitativo trascendental hasta el punto de que ahora el Sistema Nacional de Salud verdaderamente se descompone en diecisiete sistemas autonómicos de salud con toda la diversidad inherente a las propias políticas sanitarias que diseñe cada uno de ellos. Y, lógicamente, el ensamblaje y armonización de los diecisiete sistemas requiere de unas dosis de coordinación difícilmente imaginables en el contexto de la anterior organización parcialmente centralizada”. MUÑOZ MACHADO, Santiago: La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos, Alianza Editorial, 1995, pp. 110-115. Tras recordar que la competencia de coordinación es más formal que sustantiva y que es un método de actuación, dice: “Creo que se comprendería mal lo que la coordinación significa si la legislación sanitaria básica se empeñara en configurarla sobre el principio único de permitir al Estado imponer a las Comunidades Autónomas criterios de política sanitaria unilateralmente elaborados. Lo que la coordinación impone, por el contrario, es una conjunción de esfuerzos y una coparticipación en la formulación de objetivos que las diferentes partes que integran un sistema sanitario único deben alcanzar. Pero esos objetivos no deben elaborarse unilateralmente ni imponerse —porque obviamente pueden quedar abatidas las competencias autonómicas— sino formularse contando con todos los responsables de los servicios sanitarios públicos”. En similares términos se pronuncia más tarde en su análisis de la Ley de Cohesión y Calidad del SNS, pág. 15 ss. “La cohesión del Sistema Nacional de Salud”, Derecho y Salud, Vol, 12, XII Congreso, número extraordinario, 2004.

104 F.j.4

105 Ver nota 71.

interesados, los que fueron recurrentes en la primera instancia, lo eran del Servicio de Salud de la Administración convocante, la Comunidad Autónoma de Madrid<sup>106</sup>; por tanto, la “identidad” era plena: mismo Cuerpo, Escala, Especialidad y Categoría y mismo Servicio de Salud; es decir, los tres recurrentes pretendían acceder a su “mismo” Cuerpo.

Además, en las tres sentencias, los hechos que se debaten son distintos a los que aquí se plantean. Los hechos fueron que la Comunidad Autónoma de Madrid, rompiendo sus precedentes, convoca plazas a cubrir por turno libre y promoción interna sin convocar previa o simultáneamente concurso de traslado.

Estos son los hechos debatidos y como consecuencia surge lo que el TS menciona, que los estatutarios fijos de ese Servicio de Salud no pueden acceder a ninguna plaza porque no se les da la posibilidad<sup>107</sup>.

Sin entrar en la discusión de si la Administración debe convocar primero un concurso de traslado para facilitar que “los de casa” puedan cubrir las plazas vacantes (las creadas nuevas y dotadas y las vacantes propiamente dichas) y después el concurso-oposición para que “entren los de fuera”<sup>108</sup>, interesa, a

106 La primera -al revisar en casación la de 6 de septiembre de 2010 (Recurso 3368/2008)- no lo recoge expresamente, pero como el Tribunal la engloba en el mismo supuesto, consideramos que así es. La segunda -al revisar en casación la de 25 de febrero de 2011 (Recurso 3210/2008)- lo deja muy claro en su F.j.1º. La tercera, al revisar en casación la de 4 de mayo de 2011 (Recurso 3388/2008) lo expresa en su F.j.1º. Las tres sentencias revisadas son del TSJ de Madrid. En vía de casación, en ninguna de las tres comparece la parte recurrida.

107 No es extraño el conflicto que se plantea si tenemos en cuenta sus antecedentes más próximos: los procesos de consolidación del personal interino (numerosos en ese momento) con la posibilidad de participación simultánea de los estatutarios fijos. Dice el F.j. 1º de la Sentencia de 16.01.12: “En su demanda, se aducía que, a diferencia de otras convocatorias precedentes, la correspondiente al proceso selectivo impugnado excluía de la posibilidad de participar en ella al personal estatutario fijo que tuviera plaza en propiedad en la categoría de Diplomados Sanitarios/Enfermería, así como que, con carácter previo, no se convocó concurso de traslado voluntario de diversas categorías, tal y como había sucedido en convocatorias anteriores en las que... el número de plazas aprobadas en las respectivas ofertas de empleo público de la Comunidad de Madrid fue cubierto a razón de un 50 % mediante el procedimiento de concurso de traslado y el otro 50 % mediante un concurso oposición”. Con lo cual se abre un debate, que resuelve las Sentencias dictadas: si antes del acceso la Administración debe facilitar la movilidad. Problema eterno que las Administraciones Públicas han ido resolviendo según criterios de oportunidad.

108 Ver Sentencia del mismo TSJCL, de 20.05.13 (Recurso 1370/2009) en la que el Tribunal decide sobre el tema diciendo: “Debe ciertamente entenderse que ha de existir una prioridad para el desempeño de los puestos de trabajo por parte de quienes

nuestros efectos, acudir, como hace estas Sentencias, al Tribunal Constitucional (TC) en su Sentencia de 126/2008, de 27 de octubre<sup>109</sup>, citada.

*ya se encuentran integrados como funcionario en las distintas estructuras administrativa... frente a los funcionarios de nuevo ingreso, por lo que la provisión de los puestos de trabajo ha de propiciar el desempeño de dichos puestos para hacer efectivos los derechos de movilidad horizontal de funcionarios, principios estos a los que responde el citado artículo 16 del Real Decreto Ley 1/1999, de 8 de enero... Sin embargo, ciertamente, en la actualidad en nuestro ámbito normativo... las plazas ofertadas a los aspirantes seleccionados en la convocatoria derivada de la oferta de empleo público no precisarán haber sido incluidas en concurso de traslado con carácter previo” (F.j.2). Véase, también, del mismo TSJ de Madrid, la de 25.02.11 (Recurso 3210/2008) que se pronuncia en similares términos (F.j.3), la de 06.09.10 (Recurso 3368/2008) F.j.4, la de 17.05.11 (Recurso 3383/2008) F.j.4, y la del TSJCL de 8.05.13 (Recurso 1371/2009) F.j.2.*

109 Cuestión de Inconstitucionalidad presentada por la Sección 7ª de la Sala 3ª del TS, en relación con el inciso que recoge la disposición adicional vigésima, uno, de la Ley 66/1997: “que no podrán ostentar nombramiento en propiedad de la misma categoría y especialidad dentro del Sistema Nacional de Salud”. Entre los hechos relevantes de la cuestión que se debate hemos de citar que el Consejo de Ministros acuerda dar cumplimiento “durante 1998 y por una sola vez” a lo dispuesto en la norma citada. El Fallo fue de desestimación. (Hemos de decir que por Resolución de 22 de mayo de 1998 -BOE nº 131 de 2.06.98- de la Presidencia Ejecutiva del INSALUD se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de mayo de 1998, para dar cumplimiento a dicha disposición adicional, en la que se dispone que “por una sola vez”, en el ámbito del INSALUD, que habrá de convocarse pruebas selectivas, por el sistema de concurso-oposición, y concurso de traslado para acceso a las plazas de Facultativos Especialistas de Área de acuerdo con las reglas que en la misma disposición se dictan). Entre ellas, que deben publicarse previamente las Bases generales en las que se determinarán los requisitos y condiciones que deben reunir los aspirantes, que fueron aprobadas mediante Resolución de 7.10.98 (BOE nº 2 de 21.10.98). Además, dice la Resolución, estos aspirantes, no podrán ostentar el nombramiento en propiedad de la misma categoría y especialidad dentro del SNS. Lo que interesa destacar ahora es que las pruebas de acceso y el sistema de traslado son simultáneos. Que los interinos acceden al SNS a través del concurso-oposición y que los estatutarios fijos acceden a las plazas a través del traslado y que como señala la Base 5ª de la Resolución de 22 de mayo de 1998: “... la toma de posesión de los adjudicatarios del concurso se efectuará de forma simultánea a la de quienes acceden a las plazas por concurso-oposición”. Por tanto y es importante destacarlo la opción a plazas de los estatutarios en propiedad la tienen al mismo tiempo que los interinos, no como señala la Sentencia que comentamos que abre esa posibilidad sin tenerla en ese momento. Dicho esto, destaquemos el contenido de los AATS de 09.12.99 (Recurso 344/1998 interpuesto por la Asociación Nacional de Facultativos pendientes de Traslado -ANFET-) y de 23 de junio de 2000, (Recurso 343/1998 -dictado contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de mayo de 1998) citado, de forma especial el primero por ser el que menciona la STC 126/2008, referenciada por las que ahora comentamos. En ambos se acuerda plantear Cuestión de inconstitucionalidad sobre el contenido de la reiterada Disposición adicional, que prohíbe a los Facultativos Especialistas de Área que ostenten nombramiento en propiedad, la participación en los concursos-oposición que se celebren para el acceso a plazas de aquella categoría y especialidad. Se plantea la cuestión de inconstitucionalidad por entender el Tribunal que vulnera el art. 23.2 en relación con el art. 103 de la Constitución. Para

Vayamos, primero, a los pronunciamientos del TSJ de Madrid y, en concreto, a la Sentencia de 28 de julio de 2010<sup>110</sup> para pasar al Alto Tribunal.

---

reforzar sus argumentos dice: “... convence a esta Sala y Sección la procedencia del planteamiento de la C.I... pues es más que dudosa la constitucionalidad de este precepto”. Son destacables los siguientes razonamientos: 1. No ve obstáculo para aplicar al personal estatutario el art. 23.2 CE dada su naturaleza cuasi-funcionarial. 2. Por los oponentes del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se dice que la finalidad de la ley de terminar con la precariedad (hay un gran número de interinos) no afecta al derecho de los actores al acceso a la condición de funcionario, “pues ya la tienen como propietarios que son” sino al desarrollo de sus derechos funcionariales “que es un aspecto en que la protección que otorga el precepto constitucional que se alega es menos intensa”. Estos argumentos, dice la Sala, carecen de relevancia para despejar la duda sobre la inconstitucionalidad del precepto. “Hay que tener en cuenta que en la regulación que se cuestiona hay un claro aspecto restrictivo para la participación de los actores, por cuanto se le excluye de un modo radical de la posibilidad de acceder a determinadas plazas. Quedando fuera de la posibilidad de ocupación por los propietarios recurrentes”. 3. Las razones organizativas y de eficacia que esgrime la Administración, tampoco parecen decisivas, pues el ejercicio de la potestad organizativa indudablemente ha de ajustarse a las exigencias constitucionales. 4. Cuando la eficacia se funda en la conveniencia de dar continuidad a los interinos que ya actúan en los concretos centros con los consiguientes efectos beneficiosos para la continuidad del servicio, tampoco es considerado por esta Sala ya que no parece lógico pensar que la normalidad y eficacia del servicio quedaría en peor situación si las plazas pasaran a ser ocupadas por los especialistas propietarios que ya pasaron las pruebas de acceso.

110 También citadas por las tres mencionadas y que deriva del Recurso 3732/2008 interpuesto por el Sindicato Regional de Sanidad de Comisiones Obreras de Madrid. Comparece como codemandada el Sindicato CSIT-Unión Profesional. A esta Sentencia remiten las tres que se mencionan en las notas 71 y 105: (De la 1ª, en especial, su F.j.3. 2ª; de la 2ª, en especial, su F.j.1º y de la 3ª, en especial su F.j.3). Pero, lo importante es recordar su Fallo que retrotrae el procedimiento de elaboración del acto administrativo (la convocatoria) al momento en el que se resolvió el recurso de alzada para que la Administración demandada proceda “al dictado de una nueva Resolución de acuerdo a los criterios y bases que se recogen en el citado Fundamento de Derecho, con desestimación del resto de las pretensiones de la parte recurrente...” y de modo especial, como dice su F.j.7º, “... no quedando ésta última Resolución (la de 25 de enero de 2008, la convocatoria) afectada por la nulidad que declara esta Sentencia...”. Pero, es más, el TS, en el recurso de casación, (Sentencia de 21.06.12 (Recurso 5962/2010) citada, declara “no haber lugar” al mismo; rechazando el “motivo único” (art. 88.1 d) LJCA) diciendo que “... se parte de la cita instrumental de una serie de preceptos que se reputan como infringidos.... Aunque no se efectúa una crítica sobre cómo y en qué medida son infringidos por la sentencia de instancia”. Importante, también, destacar ahora, la STS de 10.12.12 (Recurso 4125/2011) que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Madrid de 17.05.11 (Recurso 3383/2008) que coincide sustancialmente en su argumentario con las tres sentencias antes citadas (la de instancia en su f.j.3 remite también a la de 28.07.10 citada) además de desestimar el recurso de casación interpuesto por la Administración autonómica por “razones formales” dice, F.j. 7, remite expresamente a las tres sentencias citadas señalando que juegan en “idéntica cuestión”.

Esta Sentencia de 28.07.10 en su F.j.5º dice: “... y lo que sucede es que el actual sistema de diferentes Servicios de Salud por cada Comunidad autónoma, producto de la progresiva transferencia de competencias, servicios y personal del Estado a las Comunidades Autónomas, que se encargan desde el momento de la prestación del servicio público sanitario, da lugar a que cada Servicio de Salud regional vaya creando plazas en las sucesivas ofertas de empleo público que se ofertan a través de los correspondientes procesos selectivos a quienes no tienen la condición de personal estatutario fijo, y en ocasiones también a quien ya tienen esa condición en otro Servicio de Salud Regional a través de su articulación en el correspondiente proceso selectivo pasa a ocupar plaza en propiedad en el Servicio Regional que lleva a cabo la convocatoria, pero sin que estas especiales circunstancias propias de un Estado autonómico como es España, permitan afirmar que quienes pretenden acceder a una determinada plaza en propiedad de un Servicio Regional de Salud diferente a aquel en el que ya ocupa plaza en propiedad participando en un proceso selectivo, acceden por primera vez a la Función Pública, ya que semejante conclusión no es solo contraria a la realidad, sino porque el hecho de que en España existan diferentes Administraciones territoriales –el Estado, las autonomías y las Corporaciones Locales- no autoriza a concluir que quienes acceden como funcionarios públicos o personal estatutario a una de tales Administraciones, es sólo funcionario público o personal estatutario de dicha Administración territorial, y si quieren pasar a servir como funcionario público en otra Administración territorial, sólo puede hacerlo ingresando –accediendo- de nuevo a esa última Administración como cualquier ciudadano que no es previamente funcionario público, ya que semejante postura parece desconocer que el cambio de los funcionarios públicos o del personal estatutario entre diferentes Administraciones territoriales que existen en España tiene lugar, en la mayoría de los casos, por medio de los correspondiente concursos de traslado, en los que es requisito previo ser funcionario público o personal estatutario.

*Es verdad que en procesos selectivos como el ahora impugnado se ha venido permitiendo la participación de personal estatutario fijo con plaza en propiedad en otras Administraciones distintas de la que convoca el proceso selectivo –e incluso en la misma Administración convocante en otras plazas de distinta categoría-, y que ahora no se les permite participar, pero esta es una restricción que no se puede considerar carente de un fundamento objetivo y ra-*

*cional y por tanto arbitraria, porque en definitiva el restringir la participación en el concurso-oposición libre impugnado a aquellos Médicos de Familia que no tengan previamente la plaza en propiedad de esa categoría como personal estatutario fijo, contribuye sin duda al incremento de Médico de Familia tan necesarios para el sistema público de salud, pudiendo por tanto las diferentes Administraciones Sanitarias de las Comunidades Autónomas, en función de sus particulares necesidades, abrir o restringir la participación en el acceso a plazas de nueva creación de personal estatutario fijo, a quienes ya tienen previamente esas condición.*

*Avala la postura anterior en un caso idéntico al que ahora enjuiciamos la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 27 de octubre de 2008<sup>111</sup>, dictada por su Sección 1ª en el Recurso número 205/2000, en la que expone lo siguiente:”*

*El TC en esta Sentencia dice: “... es jurisprudencia sentada de este Tribunal que el art. 23.2 CE consagra un derecho de configuración legal, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuales hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE), los cuales sólo pueden preservarse y establecerse mediante la intervención positiva del legislador...”*

*“El hecho de que la norma impugnada implique un cambio en el sistema tradicional de provisión de plazas no resulta, en sí mismo, contrario al art. 23.1 CE ya que siendo un derecho de configuración legal, el legislador puede configurar como estime conveniente el sistema de provisión, siempre que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad”.*

*“... se ha destacado que las Administraciones públicas disfrutan de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el estatuto del personal a su servicio y que la discriminación entre estas estructuras que son creación del Derecho y pueden quedar definidas por la presencia de muy diversos factores, de existir, únicamente derivará de la aplicación por la Administración de criterios de diferenciación que no resulten objetivos ni generales (por todas, STC 330/2005, de 15 de diciembre, FJ 4)”.*

111 Es la citada 126/2008, de 27 de octubre.

#### 4. CAMBIO DE CRITERIO EN EL TRIBUNAL A QUO.

Como no puede ser de otra manera, el TSJCL acata la jurisprudencia del TS y procede a pronunciarse en contra de sus propios criterios. Espera, no obstante, a la Sentencia del TS que comentamos (la de 25 de septiembre de 2013)<sup>112</sup>.

Entre esta y la de 21 de marzo de 2013, el TSJCL mantiene sus pronunciamientos<sup>113</sup>.

Pero, vayamos antes, al cambio que en ella se ha producido<sup>114</sup>.

En la Sentencia de 16 de octubre de 2013 (Recurso 451/2010) la cuestión que se debate es idéntica a la que aquí enjuiciamos: El acceso a una plaza de personal estatutario fijo en el Servicio de Salud de Castilla y León por alguien que ya lo es en otro Servicio de Salud, el gallego.

El Tribunal remitiendo a la dictada en el Recurso 544/2010, citado, dice que “... esta Sala venía sosteniendo en casos similares que no existía causa alguna de exclusión...”<sup>115</sup> (F.j.2).

Pero continua diciendo “Este criterio de esta Sala ha de ser corregido en lo tocante a quien... reúne la condición de personal estatutario en la misma especialidad pero en el servicio de salud de otra Comunidad Autónoma, puesto que así resulta ahora de la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo...”.

Y sigue diciendo: “... si lo que justifica la exclusión de la convocatoria de acceso a la condición de personal estatutario fijo del Sistema Nacional de Salud es el hecho de ostentar ya la condición... tratándose de cuerpos únicos de los del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud, aunque

112 Como se dijo, el TS había dictado otra, el 21 de marzo de 2013, con un fallo idéntico. Ver nota 13. Entre ambas, con fallos idénticos, había dictado otras: la de 3.04.13 (Recurso 1954/2012) y la de 17.05.13 (Recurso 1733/2012). Y antes, la de 6.03.13 (Recurso 1811/2012) que es la primera que encontramos con los pronunciamientos que aquí estudiamos.

113 Véase la de 25.2.13 (Recurso 678/2009) y la de 29.05.13 (Recurso 305/2010).

114 Véase las dos de 25.09.13 (Recurso 544/2010 y 1761/2010), la de 30.09.13 (Recurso 21/2010) y la de 16.10.13 (Recurso 451/2010) citadas.

115 Y cita la Sentencia de 07.03.12 (Recurso 2828/2008), la de 13.03.12 (Recurso 733/2009) y la de 21.03.12 (Recurso 917/2010).

*el acceso a los mismos se haga desde el ámbito de cada servicio de Salud de distintas comunidades, la igualdad de condiciones en el acceso a la función pública, con su vertiente negativa de las condiciones legales excluyentes de ese acceso, se rompe cuando se introduce un elemento de diferenciación como el que supone admitir al personal fijo de otras Comunidades Autónomas con la misma especialidad... ”.*

Si esa es la condición excluyente, “... la exigencia del tratamiento igual, que el artículo 23.2 CE impone, se vulnera, si... se introduce una diferenciación en razón del servicio autonómico donde se preste el servicio... ”.

*“La diferencia de ámbito autonómico de prestación de servicios deberá ser presupuesto para el posible ejercicio del derecho de movilidad que establece el art. 37 de la Ley 55/2003... pero no para la posible participación en una convocatoria de acceso a la condición de personal estatutario fijo... ”.*

*“De esta manera se convertiría el procedimiento de acceso en un procedimiento de movilidad en condiciones diferentes a las establecidas al respecto en el artículo 37 de la Ley 55/2003”.*

Este fundamento jurídico dos, relata los mismos argumentos que la Sentencia de 21 de marzo de 2013 que cita<sup>116</sup>: *“La diferencia, en definitiva, entre la doctrina del Tribunal Supremo y la que mantenía esta Sala, es que en el caso de personal estatutario dicha condición es única y unitaria para todas las Comunidades Autónomas, aunque se pueda adquirir en procesos de ingreso diferenciados por Comunidades”.*

Y concluye el TSJCL aceptando la doctrina del TS: *“... si concurre igualdad tanto de la especialidad como de la condición de estatutario fijo, el pretendido aspirante no podrá presentarse a las convocatorias de acceso en cualesquiera de otras Comunidades Autónomas, evidentemente además de aquella en la que se presta ya servicio en tal condición”.*<sup>117</sup>

Como queda dicho, por las razones expuestas no compartimos tales razonamientos<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> No cita, sin embargo, la Sentencia de 25 de septiembre de 2013 que también conoce.

<sup>117</sup> Destaquemos cómo lo dice la Sala.

<sup>118</sup> Y parece que algunas Comunidades Autónomas tampoco; por ejemplo, el Servicio Aragonés de Salud con fecha 18 de octubre de 2013, convoca proceso selectivo para acceder a plazas de personal estatutario fijo y no establece entre los requisitos exigibles a los aspirantes “tal requisitos negativo”.

Pero, creemos que la misma Sección de la misma Sala del TSJCL da algunos argumentos para defender sus anteriores pronunciamientos al desestimar las pretensiones del recurrente<sup>119</sup>.

Se le cierra una puerta pero abre una ventana recordando su Sentencia de 30 de septiembre de 2013<sup>120</sup>: *“Ahora bien, esta solución, que en principio avalaría la tesis que mantiene la parte demandante, no resulta sin embargo trasladable al caso que nos ocupa... (los aspirantes son personal estatutario)... debiendo por ello aplicarse la otra doctrina jurisprudencial que sostiene que con carácter general no puede equipararse el régimen jurídico existente entre distintos tipos de personal... ”.* Remite a su Sentencia de 21 de septiembre de 2007 (Royo de Apelación nº 538/06) para traer la siguiente doctrina en relación a la posible vulneración del principio de igualdad. Y dice:

*“Dicho Alto Tribunal ha declarado de forma reiterada que la equiparación entre dos Cuerpos o categorías de funcionarios, a efectos de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución no puede fundarse exclusivamente en la identidad de titulaciones requeridas para el ingreso en los mismos, en la similitud de su denominación o de las funciones que correspondan desempeñar a sus integrantes, o en circunstancias de hecho semejantes”.* Cita sus Sentencias nº 68/1989, de 19 de abril y nº 236/1994, de 20 de julio.

Y añade: *“... es que la igualdad o desigualdad entre estructuras que son creación del Derecho, tales como, en general, las situaciones funcionariales, son el resultado de la definición que el legislador haga de aquellas, esto es, de su configuración jurídica, de modo que desde la perspectiva del principio de igualdad no es lícito equiparar situaciones que en su origen no son equiparables por las normas jurídicas que las producen o crean. (STC 82/94, de 14 de marzo)”.*

*“La búsqueda de término de comparación adecuado, que sirva de base a la queja de trato desigual, obtiene respuesta esclarecedora en la doctrina cons-*

Véase, Boletín Oficial de Aragón nº 213 de 28.10.13.

<sup>119</sup> En esta caso, Personal estatutario fijo que aspira a cubrir plaza de funcionarios del Cuerpo Facultativo Superior, Escala Sanitaria, de la misma Comunidad Autónoma; véase la Sentencia de 30.09.13 (Recurso 21/2010) F.j.4.

<sup>120</sup> Recurso 544/2010, citada, F.j. 4, en la que se inadmitió a un estatutario fijo de la Comunidad Autónoma de Extremadura que aspiraba a cubrir una plaza de la misma categoría en la Comunidad Autónoma de Castilla y León y cuyo contenido ya hemos descrito, por referencia a otra Sentencia.



*titucional en la STC 148/1986, de 25 de noviembre. Se parte en la misma de la premisa de que solo cabe preguntarse por la fundamentación constitucional de una diferencia normativa cuando la singularidad entre categorías personales se realiza en la misma disposición cuestionada, y no, en cambio... cuando dicha singularidad se ha producido ya con anterioridad mediante una diversificación entre diferentes regímenes jurídicos y la nueva norma lo que viene a establecer es una regulación diversa para supuestos de hecho comprendidos en cada uno de dichos distintos regímenes jurídicos. Y así ocurrirá... tal como recopila la STC 236/1994, de 20 de julio... respecto de aquellas estructuras que, como los Cuerpos y categorías de funcionarios, son creación del Derecho, y, por tanto, son resultado de la definición que este ha hecho de ellas, sin sustrato sociológico real alguno”.*

Es decir, los diversos regímenes jurídicos creados por las distintas Comunidades Autónomas llevan a un tratamiento desigual; lo que supone, en definitiva, la aplicación del art. 23.2 CE.

Entendemos este cambio de criterio de esta Sala<sup>121</sup>.

---

121 Véase ATC 139/1993, de 6 de abril, F.j. único: “*Tampoco basta con que las tareas asignadas a dos Cuerpos distintos sean reglamentariamente definidas en términos análogos o casi idénticos, pues como es obvio, esa definición se hará siempre por referencia a las estructuras administrativas en que dichos funcionarios se inserten...*”. También ATC 741/1984, de 28 de noviembre, F.j. 4. “*... la diferencia de trato se basa en el elemento diferencial del carácter con que se presta la función...*”. Véase, la Sentencia de 19.12.11 (Recurso 3063/2008) de la misma Sala y Sección que tras analizar el concepto legal del SNS y subrayar su amplitud (inclusión también de las instituciones propias del servicio sanitario cántabro como de los servicio concertado de él dependientes; artículos 44, 45 y 50 de la LGS) destaca que dentro de cada Servicio de Salud lo determinante es la titularidad y no tanto la dependencia. Concluye que no se ha producido ninguna quiebra del art. 23.2 CE al no valorarse en el concurso-oposición los servicios prestados en las Instituciones dependientes del Servicio Cántabro de Salud, ya que es el caso a caso el que debe determinar la injustificada discriminación acogida en la sentencia de instancia. Partiendo de la reiterada jurisprudencia constitucional de que “*se infringe el principio de igualdad cuando se da, sin justificación objetiva y razonable una diferencia de trato a situaciones esencialmente iguales*”, concluye que “*... la mera homologación no basta para suponer sin más la equiparación de los centros sanitarios privados con los centros públicos del Sistema Nacional de Salud, pues las condiciones de acceso a una y otra clase de centro sanitarios para prestar servicios en ellos son diferentes... También es diferente la actividad de unos y otros, pues no coinciden la cartera de servicios, el volumen de trabajo, el número de pacientes y usuarios y los medios técnicos utilizados y de ahí que sea distinta la experiencia adquirida en unos y otros*”. Véase también, la de 13.10.11 (Recurso 314/2009) de la misma Sala y Sección.

Hemos de decir, en estos momentos, que nos convence más la decisión adoptada por el TSJ de Madrid porque, sin cambiar sus criterios, argumenta bajo otro prisma que, en nuestra opinión, es aceptable<sup>122</sup>: El servicio público que se presta.

En su Sentencia de 20 de marzo de 2013 (Recurso 804/2012)<sup>123</sup> dice: “*Es verdad que en procesos selectivos como el ahora impugnado se ha venido permitiendo la participación de personal estatutario fijo con plaza en propiedad en otras Administraciones distintas de la que convoca el proceso selectivo... y que ahora no se le permite participar, pero esta es una restricción que no se puede considerar carente de un fundamento objetivo y racional y por tanto arbitraria, porque en definitiva el restringir la participación en el concurso-oposición libre impugnado a aquellos Médicos de Familia que no tengan previamente plaza en propiedad de esa categoría como personal estatutario fijo, contribuye sin duda al incremento de Médicos de Familia tan necesarios para el sistema público de salud, pudiendo por tanto las diferentes Administraciones Sanitarias de las Comunidades Autónomas, en función de sus particulares necesidad, abrir o restringir la participación en el acceso a plazas de nueva creación de personal estatutario fijo a quienes ya tienen previamente esa condición*”. (F.j.3).

Se apoya en la STC 126/2008, citada, y en concreto atendiendo al art. 23.2 CE, en la consagración de un derecho de configuración legal que se traduce, como decíamos, en la imperativa exigencia de pre-determinar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la Función Pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad<sup>124</sup>.

---

122 Aunque, como principio general, debemos plantear si la Administración Pública puede en su actividad administrativa establecer límites no previstos por la Ley.

123 El supuesto del que parte es el mismo: Recurso de un estatutario fijo en situación de excedencia voluntaria en el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Madrid que aspira a acceder a una plaza de la misma categoría en su misma Comunidad Autónoma.

124 Véase, Sentencia de 5.07.12 de la misma Sección de la Sala 3ª del TS (Recurso 4072/2010) resolviendo sobre la convocatoria de proceso selectivo para acceso de personal estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León (Orden SAN/1100/2008, de 19 de junio, en cuya Base 2ª, requisitos de los aspirantes, no constaba el cuestionado “*requisito negativo*”) enuncia el derecho fundamental del art. 23. 2 CE en los siguientes términos: “*Asimismo, tiene derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*”. F.j.7. La expresión “*con arreglo a las leyes*”, sigue diciendo el Tribunal, fija el término de referencia del juego de las “*condiciones de igualdad*”. La

Recordando los argumentos del Alto Tribunal cuando afirma que las Administraciones Públicas disfrutaban de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el estatuto del personal a su servicio, vemos que concluye diciendo: “... cabe que el legislador tome en cuenta criterios distintos dirigidos a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de sus servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos... de acuerdo con el margen de apreciación que corresponde al legislador”.

Tales como: incremento de Facultativos Especialistas de Área, mayor nivel de atención sanitaria, prestaciones más eficaces de los servicios sanitarios, entre otros que apuntan los Tribunales de justicia.

## 5. REFLEXIÓN FINAL (OTROS PRONUNCIAMIENTOS POSTERIORES).

Queremos partir de unas de las conclusiones a la que llega BUENDIA JIMÉNEZ<sup>125</sup> sobre un tema que planteó similares dudas al que nos provoca este que ahora analizamos, fue el de la Jurisdicción competente para resolver los conflictos que surgían en torno a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y, posteriormente, del SNS.

Decía este Magistrado respecto de la Sentencia que comentaba: “La sentencia debe ser objeto de crítica, tanto por el modo en el que se construye, quizás demasiado voluntarista y, posiblemente, evidenciando en exceso la intención de la Sala de decidir la exclusión del personal estatutario del orden social, como por lo poco convincentes de los argumentos en los que se sostiene la decisión”.

Para fundamentar su aserto recordaba “el viejo adagio, ubi lex voluit dixit, ubi noluit, tacuit (cuando la ley quiso, dispuso, cuando no, calló)” y concluía: “En suma, si el legislador pudiendo hablar ha decidido callar... no debió hablar el interprete ni corregir su silencio”.

---

pregunta es, pues, si pueden alterarse la previsión general, arbitrando soluciones singularizadas por razones singulares que después surjan. Ver nota 111.

125 BUENDIA JIMÉNEZ, José Antonio: “El personal estatutario fuera de la jurisdicción social, una decisión sumamente discutible. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2005”, *Ius labor*, núm. 1, 2006, pp. 4-6.

A lo que añadimos nosotros ahora: la Sección 7ª de la Sala 3ª del TS está legislando sobre las formas de acceder a la Función Pública, en general, y a la condición de Personal estatutario fijo de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, en particular.

Recordemos algunas ideas sobre esta materia que deben unirse a las ya dichas; en especial, a las pronunciadas por el Consejo de Estado transcritas.

Tras la Constitución de 1978, las Administraciones Públicas para el ejercicio de las competencias transferidas ordenan su Personal atendiendo a los criterios de titulación exigida para el ingreso, del régimen jurídico que liga a ese Personal con la Organización en la que presta sus servicios y en función de la naturaleza de las plazas o puestos de trabajo a cubrir por ese Personal.

Para ello, estructura su Función Pública aprobando la Relación de Puestos de Trabajo, dotando presupuestariamente los puestos creados a través de las correspondientes Plantillas de Personal y publicando su Oferta Pública de Empleo.

Tras todos ello, convoca las plazas que desea cubrir con el Personal más eficaz y, mediante el desarrollo del correspondiente proceso selectivo, los nombra como Personal propio y, a través de ello, crea una relación de servicio entre ambos regulada por el Estatuto de Personal vigente.

Este Estatuto de Personal surge de lo previsto en el art. 149.1.18 de la CE que es aplicado por el Estado y, después, desarrollado por las Comunidades Autónomas dentro del marco de competencias atribuido.

Hay que decir, también, que en el conjunto de derechos y deberes que comprende la relación de servicios creada, está la carrera profesional. Que no solo es un derecho del funcionario sino que encierra, asimismo, una obligación de la Administración Pública para hacerla efectiva.

Este derecho del funcionario se manifiesta, en lo que aquí interesa, en que la Administración Pública cuando convoque sus plazas dé opción a su personal a que pueda cubrirlos a través de la Promoción interna<sup>126</sup>.

---

126 Así se hizo en la Orden SAN/947/2008 que nos ocupa. Es la respuesta a las oportunidades de superación, en títulos y en formación, que antes le ofreció.

Pero, antes, ha dado la oportunidad a ese Personal, “el suyo”, a que ocupe los puestos de trabajo vacantes a través de los concursos de traslado. Por tanto, cuando la Administración Pública convocante mediante oposición, concurso o concurso-oposición (sistemas de acceso) oferta a los ciudadanos las plazas vacantes, no cabe, no procede, que el Personal propio aspire a ellos, sino es a través del turno de promoción interna. Es decir, “su” Administración Pública ya les ha dado la oportunidad de cubrirlos, que es su obligación.

No podemos hacer la misma afirmación respecto del Personal de otras Administraciones Públicas, con los que el derecho a la carrera profesional no funciona.

Y, si no funciona esa relación, ¿cómo podemos impedir que esos otros funcionario de carrera de esas otras Administraciones Públicas aspiren, libremente (a través del turno libre) a ocupar tales plazas? No podemos.

Procedería si todos fueran funcionarios de la misma Administración Pública o, dicho de otra manera, si todos estuvieran integrados en el “*Único Cuerpo*” de Personal Estatutario del Sistema de la Seguridad Social, INSALUD después. Este Cuerpo deja de existir cuando las competencias de sanidad se transfieren a las Comunidades Autónomas<sup>127</sup>.

Recordemos que en la Orden SAN/947/2008 de la Comunidad Autónoma de Castilla y León se convocan plazas a cubrir por el turno de Promoción interna (Base 2.2) y el requisito exigido a los aspirantes es “tener la condición de personal estatutario fijo... en el Servicio de Salud de Castilla y León... del mismo o inferior grado”. Y, dice también esta base, “en categoría distinta a la convocada”, porque, desde luego,

---

127 Bastaría con una simple lectura del BOE que publica las más recientes convocatorias, para ver que en las pruebas de acceso a Cuerpos y Escalas de la AGE tal “requisito negativo” no se exige. Por ejemplo, véase, la Orden AEC/956/2013, de 22 de mayo, para ingreso en la Carrera Diplomática (BOE nº 130 de 31.05.13); Resolución de 11.11.13 de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria para ingreso en el Cuerpo General Administrativo (BOE nº 283 de 26.11.13); Orden HAP/1344/2013, de 26.06.13 para ingreso en el Cuerpo Técnico de Auditoría y Contabilidad; Orden JUS/1959/2013, de 17 de octubre, para ingreso en el Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia. Hay ejemplos también en las Administraciones autonómicas que no es necesario señalar. Con carácter general, véase, la Orden APU/3416/2007, de 14 de octubre, que estable las Bases Comunes que regirán los procesos selectivos para el ingreso en Cuerpos y Escalas de la AGE o la Orden JUS/1901/2013, de 20 de septiembre, que estable las Bases Comunes para el ingreso en los Cuerpos de funcionario al servicio de la Administración de Justicia.

para acceder a la misma categoría ya han tenido la oportunidad brindada por la Administración Pública en procesos previos y de distinto contenido.

Todo este desarrollo se ha visto aplicado a lo largo del tiempo, con todos los Procesos de Consolidación convocados por todos los Servicios de Salud para el Personal interino, con pruebas restringidas o sin ellas, con concurso previos o sin ellos, con desarrollo simultáneo en la dotación de “la” plaza o de forma sucesiva. Algo se ha apuntado al respecto.

Esto es lo que, simplemente, puso en marcha la Comunidad Autónoma de Castilla y León en el caso que estudiamos, el igual que otras, como se ha visto.

Tal actuación fue refrendada por las correspondientes Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, pero el TS (Sala y Sección citadas) está cambiando ese proceso, a nuestro parecer correcto, conforme a Ley. Como queda dicho, el TS está legislando sobre la materia.

Y, es así, porque las Administraciones Públicas eluden el continuo enfrentamiento con los Tribunales de Justicia, aún ganando los pleitos, y cambian sus criterios “conformando” la Ley y adaptando a ella sus convocatorias de pruebas selectivas. Los ejemplos citados sirven de muestra.

Este cambio se ve palpable en las pruebas convocadas por el Servicio de Salud de las Comunidades Autónomas después de 2008 y, en especial, por el caso que vemos, por la de Castilla y León<sup>128</sup>.

Pero, es que en los pronunciamientos que estudiamos sobre este caso, la Sala no se limita a “configurar” el “*cuerpo único*” y el “*acceso único*” del Personal Estatutario sino que se extiende a todo el Personal de las Administraciones Públicas apoyando sus argumentos en el art. 62 del EBEP, “requisitos para adquirir la condición de funcionario”, que a nuestro entender no encierra lo que la Sala afirma: que no cabe adquirir la “*condición múltiple*” de funcionario público.

La realidad demuestra que no es así y que no puede ser así. No hay que probarlo.

Sobre estas bases hacemos unas reflexiones, de carácter particular, abarcando jurisprudencia posterior

---

128 Las Relaciones de Puestos de Trabajo aprobadas a partir de 2009 y las convocatorias correspondientes contienen el “requisito negativo” que el Tribunal Supremo ha impuesto.

de la misma Sala y Sección para intentar, después, plantear otras de contenido más general.

Entre las primeras, queremos señalar que la misma Sala y Sección ha dictado con posterioridad al 25 de septiembre de 2013 nuevas sentencias sobre la misma materia<sup>129</sup> que va configurando con esfuerzo la esencia de su fallo: el “*cuerpo único*”, el “*acceso único*” y la “*condición única*” de funcionario de carrera.

Hasta ahora conocemos la de 9 de octubre de 2013 (Recurso 1956/2012), la de 21 de octubre de 2013 (Recurso 1740/2012), la de 13 de noviembre de 2013 (Recurso 3114/2012), la de 15 de noviembre de 2013 (Recurso 2185/2012), la de 25 de noviembre de 2013 (Recurso 3113/2012), la de 5 de diciembre de 2013 (Recurso 3482/2012), la de 9 de diciembre de 2013 (Recurso 3214/2012), la de 13 de diciembre de 2013 (Recurso 3112/2012) y la de 18 de febrero de 2014 (Recurso 4177/2012) que van mezclando hechos y fundamentos jurídicos expuestos por la Sala desde que se inicia en esta teoría<sup>130</sup>.

Partimos del hecho de que en ninguna de las convocatorias origen de estos fallos se recoge el “*requisito negativo*” mencionado por la Sala; sin embargo, el aspirante/recurrente es excluido del proceso selectivo por esa causa. Hay que decir que la exclusión se produce, en la mayoría de los casos, por decisión del tribunal calificador de las pruebas selectivas en el momento de publicar las listas de aspirantes seleccionados; la razón es que no podían acreditar “estar en posesión” de un requisito no exigido por las convocatorias.

En ellas, la Administración recurrente en casación hace afirmaciones tan contundentes como inaceptables, salvo que se consideren en posición de parte y, lo más grave, son estimadas por la Sala.

Nos sirve de ejemplo, en primer lugar la de 21 de octubre de 2013 (Recurso 1740/2012) F.j.2<sup>131</sup>:

a) Admitir a un opositor con los requisitos exigidos, es, constituye, una “*discriminación injustificable*” por parte del Tribunal de instancia y atenta contra el art. 23.2 CE.

129 Algunas, como decíamos, sobre la misma convocatoria.

130 Referidas a distintas convocatorias, aunque el asunto sea el mismo: Personal estatutario fijo de un Servicio de Salud que aspira a una plaza de otro Servicio de Salud. Y, debemos señalar que son bastantes las SSTSJCL pendientes de casación.

131 Que casa la del TSJCL de 13.3.12 (Recurso 733/2009).

b) Debe excluirse a un opositor porque tiene, reúne, un requisito no exigido en la convocatoria.

c) Otra razón para excluir a un opositor es que tiene derecho a “solicitar” un traslado a otra plaza “cuando se convoque” el concurso de traslado. No esperar esa oportunidad supone vulnerar el art. 37 del EM.

d) Afirma que la igualdad de condiciones en el acceso a la Función Pública se quiebra cuando se admiten, como hace los Tribunales de instancia, a aspirantes de otras Administraciones Públicas (de otros Servicios de Salud); porque el tratamiento debe ser igual, con independencia de la Administración en la que hayan adquirido la condición de estatutario fijo<sup>132</sup>.

Dicho de otra manera, la igualdad se alcanza por no ser, el aspirante, estatutario fijo y se quiebra cuando se diferencia por el Servicio de Salud (Administración Pública) en el que se ha obtenido tal condición.

e) Se ratifica en lo obvio diciendo: “... *una cosa es el acceso al empleo público (art. 55 Ley 7/2007) y otra la provisión de puestos de trabajo (art. 78 y ss Ley 7/2007)*”.

132 Sentencia de 21.10.13 (Recurso 1740/2012) F.j.3, que casa la STSJCL de 13.03.12 (Recurso 733/2009) sobre un caso análogo. Véase, también, la Sentencia de 09.12.13 (Recurso 3214/2012) F.j.3, que en un caso igual, hace el mismo razonamiento, aunque anteponiendo una condición que el Tribunal acepta a priori y que no existe: “*En efecto, si lo que justifica la exclusión de la convocatoria de acceso a la condición de personal estatutario fijo del Sistema Nacional de Salud de una determinada categoría y especialidad, es el hecho de poseer ya esa condición, la igualdad de condiciones en el acceso al empleo público (con su vertiente negativa de las condiciones legales excluyentes de ese acceso) se rompe cuando se introduce un elemento de diferenciación como el que ha utilizado la sentencia*”. Parece lógico con la hipótesis que plantea; la cuestión está en fundamentar en Derecho que esa hipótesis existe. La pregunta es: ¿Dónde se justifica esa exclusión? En la jurisprudencia que el Tribunal cita en el mismo fundamento jurídico tercero no hay respuesta: La tres primeras sentencias son las anunciadas desde el principio de este trabajo que, como decimos, se refieren a hechos distintos (ver notas 71 y 105) y las tres segundas son producto del mismo razonamiento; el que la Sala viene haciendo desde su Sentencia de 06.03.13 (Recurso 1811/2012) citada. No olvidemos que la hipótesis se monta para justificar que la exclusión de un funcionario de una Administración Pública que pretende acceder a un puesto “idéntico” de esa Administración está en las mismas condiciones jurídicas (de igualdad) que un funcionario de otra Administración que aspira a cambiar de “Empresa” y por el turno libre se presenta a las pruebas que esta convoca. Creemos que no es necesario excesivo razonamiento para ver que las situaciones son distintas y, por tanto, el tratamiento ha de ser distinto. Lo enjuicia con meridiana claridad el TSJCL en la abundante jurisprudencia que esta Sala casa, en nuestro criterio, sin razón jurídica.

Y concluye que: “... en la antedicha Ley único es el acceso y único la condición de funcionario (art. 62.1)”, “episodio único y singular”.

O sea, cuando se es funcionario de carrera, el único derecho que se puede ejercer para cambiar de puesto de trabajo o plaza es el traslado<sup>133</sup>.

Recordemos la STS de 2 de enero de 2014, citada (Recurso 195/2012) F.j.2<sup>134</sup>: “... no puede operarse con hipótesis sino con la realidad del concreto caso enjuiciado...”. “... se trata de diversas formas de acceso a la función pública”.

La razón de estos argumentos está en el esfuerzo que, a nuestro criterio, hace la Administración convocante y que acepta la Sala 3ª para dar fundamento a la rotunda afirmación de que no se puede acceder a la Función Pública varias veces, “de forma múltiple”.

Como reflexión general, creemos, que el cumplimiento de esta jurisprudencia puede tener graves consecuencias para el Personal al servicio de las Administraciones Públicas, en general, y para las propias Administraciones autonómicas, en particular.

Para los primeros, en cuanto que ven limitadas sus expectativas para el acceso a otras Administraciones Públicas (las que les interese por razones muy diversas). Se les excluye “por el peso de la justicia”. No pueden acceder por promoción interna a esos otros Servicios Públicos y han de estar pendientes del concurso de traslado cuando así lo decidan esos otros Servicios de Salud y para ocupar las plazas o puestos que no han cubierto “los de casa”.

Para las Administraciones autonómicas titulares de las competencias en materia sanitaria y en concreto para los Entes Públicos dependientes, además de limitar su autonomía, tienen efectos negativos, porque, por la misma razón, “se ven convencidas” a que lo que procede es esto, lo que falla la Sala; con lo cual limita su capacidad de seleccionar a los mejores.

Hay que decir que algunas se convencieron antes con sus propios argumentos; unos, normativos y otros de orden administrativos. No obstante, podríamos

cuestionar si la imposición de tal “requisito negativo” por ciertas normas, reglamentarias o legales, llevaría a su inconstitucionalidad por ir contra las Bases estatutarias establecidas en el EBEP y en el EM, por aplicación del art. 149.1.18 CE<sup>135</sup>.

En conclusión hemos de decir que nuestro sistema jurídico, el vigente, no juega con la lógica jurídica de la Sala 3ª, Sección 7ª, del TS. El Estado de las Autonomías derivado de la Constitución de 1978 no se estructura así; el anterior sí lo hacía y, tal vez, no debimos, a los efectos que aquí señalamos, perderlo con tanta intensidad y rapidez. Por ello, nuestra respuesta sería un “loable” deseo de poder apoyarla.

## 6. BIBLIOGRAFÍA.

- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel: “Estatuto Marco y Estatuto Básico”, REDA, núm.148, 2010.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina: “El sistema Nacional de Salud como Sistema: Realidad y carencia”. Derecho y Salud, Vol, 15, núm. 1, 2007.
- ARIAS CRIADO, Bernabé: “El personal estatutario de los servicios de salud. Cuestiones diversas. Cuestiones polémicas”, Derecho sanitario: Noticias jurídica, 2011.
- BEATO ESPEJO, Manuel: “El Sistema Sanitario y Español: Su configuración en la Ley General de Sanidad”, RAP, números. 119 y 120, 1989. “Nuevo modelo económico en la prestación de servicios sanitarios: Privatización en la gestión y técnicas gerenciales, fomento de la libre elección por el usuario y ejercicio libre de la actividad empresarial”, RAP núm. 131, 1993. “Los derechos de los usuarios de los servicios y profesiones sanitarias en la Unión Europea”, Noticias de la Unión Europea, núm. 185, 2000.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luís: “La igualdad básica, la coordinación y la cooperación interterritorial: Fundamentos del Sistema Nacional de Salud”, Derecho y Salud, Vol, 10, núm. 2, 2002.

<sup>133</sup> Como decíamos, el Tribunal monta su “teoría de la conversión”.

<sup>134</sup> Que casa la del TSJCL de 21.10.11 (Recurso 216/2011) referida a otro tipo de alternativa, el acceso libre y la promoción interna. El recurso de casación fue interpuesto por la recurrente en la primera instancia y es estimatorio frente al criterio del tribunal a quo.

<sup>135</sup> Véase lo dispuesto en la STC 99/1987, de 11 de junio, F.j. 3 a) y c) que fija la necesidad de “reserva de ley” en materia de Función Pública (art. 103.3 CE); STC 1/2003, de 16 de enero, F.j. 4; STC 8/2010, de 27 de abril, F.j. 3 y STC 215/2013 de 9 de diciembre, FF.jj. 2 y 3 (art. 23.2 CE). Ver notas 65 y 87.

- BUENDIA JIMÉNEZ, José Antonio: “El personal estatutario fuera de la jurisdicción social, una decisión sumamente discutible. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2005”, *Ius labor*, núm. 1, 2006.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: “La Ordenación de las profesiones sanitarias” en *La Reforma del Sistema Nacional de Salud: Cohesión, calidad y estatutos profesionales*. M. Pons y Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III, 2004.
- GARCÍA NINET, José Ignacio: “Antecedentes o precedentes del Estatuto Marco del Personal estatutario de los Servicios de Salud”, *Derecho y Salud*, Vol, 14, número extraordinario 2, 2006.
- HERNÁNDEZ YÁÑES, Juan F: “Políticas de personal en el Sistema Sanitario Público”, Instituto de Estudios Fiscales, 2005.
- JIMÉNEZ ROMANO, Ramón: “La nueva ley de selección de personal estatutario”, Ponencia presentada en el IX Congreso Derecho y Salud: “Cambios en el Derecho Sanitario. ¿Respuesta adecuada?”, *Derecho y Salud*, Vol, 9, núm. 1, 2001.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, 1995.
- MURILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio: “Ordenamiento jurídico actual: Habilitación, competencias, desarrollo, supletoriedad”, *Derecho y Salud*, Vol, 14, número extraordinario 2, 2006.
- PRATS I CATALÁ, Joan: “La formación continuada de los profesionales sanitarios” en *La Ordenación de las profesiones sanitarias*, *Derecho y Salud*, V Congreso, 1996.
- PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco: *Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso al empleo del personal de los servicios de salud*. INAP. Madrid 2011.
- PÉREZ GÓMEZ, José M<sup>a</sup> y PÉREZ LÓPEZ, Roberto: “Régimen Jurídico del Personal estatutario del Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, Vol, 13, 2005.
- SALA FRANCO, Tomás: “Las incógnitas del Estatuto Marco”, *Derecho y Salud*, Vol, 13, 2005.
- VILLAR ROJAS, Francisco José: “El Derecho Transitorio: de los viejos estatutos al nuevo estatuto”, *Derecho y Salud*, Vol, 14, número extraordinario 2, 2006.

# LA REPERCUSIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN SISTEMA DE NOTIFICACIÓN Y REGISTRO DE INCIDENTES Y EVENTOS ADVERSOS EN EL ÁREA DE LA SALUD AL NIVEL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

*Mafalda Miranda Barbosa*

**SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los sistemas de registro de incidentes y eventos adversos 2.1. Noción de evento adverso. 2.2. El objetivo de los sistemas de notificación y registro de eventos adversos. 2.3. Las posibilidades modeladoras de un sistema de notificación y registro de eventos adversos. 3. La relación entre el sistema de notificación y registro de incidentes y eventos adversos y el instituto de la responsabilidad civil.**

## 1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, se dedica especial atención a la seguridad del paciente en la prestación de la asistencia sanitaria. La comprensión de que la mayoría de los daños provocados a la integridad física de los pacientes no se deriva del proceso etiológico de la enfermedad, sino del tratamiento administrado ha llevado a que, en muchas jurisdicciones, sea creciente la preocupación con la contención y la compensación de las lesiones evitables en este marco.

Los dos fines de este modo precipuamente identificados, aunque se pueden desarrollar lado a lado, no se confunden, presentando naturalezas problemáticas distintas y siendo perseguidos por instrumentos dogmáticos dispares. También no es unívoco el fundamento de prosecución de cada objetivo. Si en la base de la mayor preocupación con la indemnización de los daños está la conciencia exacta del sentido de la responsabilidad como condición de la afirmación de la personalidad —a clamar por la asignación de daños

al profesional de salud que, negligentemente les da causa—, a que no es ajeno un mayor control de los procesos de la enfermedad por los médicos; en la raíz de la atención que se dirige a la prevención, no sólo están la certeza de la dificultad probatoria en materia de responsabilidad médica<sup>1</sup>, impidiendo la

---

1 De hecho, varios han sido, en términos de represión, los acuerdos forjados por la doctrina y la jurisprudencia para tratar de aliviar la carga de la prueba que recae en el paciente perjudicado. Por ejemplo, pensemos en la flexibilización de la prueba a través de la utilización de presunciones de hecho, en las pruebas *prima facie*, en la regla del *res ipsa loquitur*, en las inversiones de la carga de la prueba, en la teoría del aumento del riesgo, en la teoría de la pérdida de oportunidad. Véase, a este respecto, para desarrollos más grandes, *inter alia*, PATRÍCIA HELENA LEAL CORDEIRO DA COSTA, *O dano da perda de chance e a sua perspectiva no direito português*, Coimbra, 2010, policopiado, p. 91 y sig.; JORGE RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica. Reflexões em torno do direito alemão”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, año 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 115-195; Id., “Novamente a questão da prova na responsabilidade civil médica”, *Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos*, (MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA/LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, coord.) U. Porto Editora, 2009, p. 201 y sig.; GENNARO GIANNINI, “Onere della prova e responsabilità

procedencia de muchas reclamaciones de indemnización, así como la importancia otorgada a los bienes jurídicos que están involucrados<sup>2</sup>.

Es evidente, junto con la división observada, la convergencia entre los dos segmentos: la necesidad de protección de cierto bien jurídico y el funcionamiento del sistema resarcitorio hacen justificable la anticipación de la tutela, no siendo otra la naturaleza de los sistemas estribados en un ideario preventivo. Si la influencia genética del sistema represivo sobre el establecimiento de un sistema preventivo es clara, no surge de ahí, de un modo lógico y deductivo, una única alternativa posible de configuración del segundo. Del mismo modo, es para determinar en qué medida los contornos asumidos por este se reflejan o no en la propia conformación resarcitoria. La respuesta a esta pregunta es, por lo tanto, depende de lo que se considera ser la prevención en este nivel y, si en el anuncio del tema a que nos hemos propuesto ella puede venir identificada con la creación de un sistema nacional de notificación y registro de eventos adversos, el hecho es que el impacto de su existencia en el ámbito de la responsabilidad civil puede estar condicionado por lo que se propone hacer con él.

De hecho, no sólo no es unívoca la concepción de tales sistemas<sup>3</sup>, como la historia de su surgimiento a través de las fronteras parece estar vinculada a un intento de colectivización de la responsabilidad, con su consiguiente desaparición o debilitamiento, como resuenan las voces con el fin de encontrar en el

---

profesionalista médica”, *Responsabilità civile e previdenza*, año 1992, vol. LVII, p. 177-184; MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007; RICARDO DE ÁNGEL YÁGUEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999; Rute Teixeira PEDRO, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

2 Otra idea podría ser señalada como fundamento de la creciente importancia de los mecanismos de prevención, entre las que se incluyen los dichos sistemas de notificación y registro de eventos adversos. De hecho, como se dirá más adelante, se extendió empíricamente la idea de que muchos de los daños sufridos por los pacientes en el marco de un proceso médico derivan más de fragilidades inherentes al propio sistema de la salud que de la negligencia de los profesionales de la salud, donde la posible indemnización de las víctimas se vería comprometida, haciendo urgente una anticipación de la protección que se pretende dispensar al derecho legal.

3 Una muy breve palabra para demostrar que, con estos sistemas, se pretende que los profesionales de la salud efectúen una comunicación y relato de los diferentes eventos adversos que se presentan en el curso del tratamiento y/o la hospitalización. Se entiende que, de este modo, se podrá hacer un análisis de lo que realmente ocurrió —y ha causado o podría haber causado un daño más o menos grave—, para que, en el futuro, este tipo de incidentes se puedan evitar.

mecanismo una manera suficientemente segura para basar un esquema de solidarismo para indemnizar a las víctimas de errores médicos.

En abstracto, podemos presentar tres hipótesis de relación entre los sistemas de notificación y registro de eventos adversos, al nivel de la práctica médica, y el modelo delictual clásico. En dos de estas hipótesis, habrá una interpenetración entre las realidades; en la otra, la autonomía valorativa y problemática se mantiene intocable. De hecho, podemos plantear que la previsión del carácter obligatorio de comunicación y registro de los eventos adversos responde a un objetivo, no interfiriendo en el recorte resarcitorio; o podemos, en teoría, considerar que hace insignificante el intento de compensar al paciente a través del modelo tradicional, dando lugar a un sistema de compensación basado en la seguridad. Entre estos dos extremos, también con reflejos condicionantes, encontramos una posible influencia de la notificación y/o registro en el contexto delictual, sin que el alcance de la responsabilidad civil correspondiente sea afectado.

Todo depende, como se ha señalado, de lo que se quiere hacer del sistema de notificación y registro de eventos adversos y otros incidentes y de las características con las que surge diseñado.

Debido a que la experiencia no es nueva en el extranjero, importa, antes de profundizar en este análisis, diseñar las líneas generales de lo que puede ser la realidad que hoy confrontamos.

## 2. LOS SISTEMAS DE REGISTRO DE INCIDENTES Y EVENTOS ADVERSOS

### 2.1 Noción de evento adverso

La Agencia Nacional de Seguridad del Paciente británica define el incidente de seguridad del paciente como cualquier incidente no intencionado o inesperado que puede producir o inducir daño en una o más personas que reciban asistencia médica financiada por el servicio nacional de salud en el Reino Unido<sup>4</sup>. En él se incluyen los incidentes adversos, los

---

4 Véase NATIONAL PATIENT SAFETY AGENCY, *Seven Steps to patient safety. The full reference guide*, London, 2004, p. 55. Vide, también, MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, *El establecimiento de un sistema nacional de notificación de incidentes y eventos adversos en el sector sanitario: aspectos legales*, 2009, p. 32.



eventos adversos, los incidentes clínicos, los fallos clínicos, los fallos médicos, los errores médicos, los eventos centinela<sup>5</sup>.

Por su parte, el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, que, en España, disciplina los ensayos clínicos con medicamentos, habla de *acontecimiento adverso, reacción adversa, acontecimiento adverso grave o reacción adversa grave y reacción adversa inesperada*<sup>6</sup>. El acontecimiento adverso está aquí representado como *cualquier incidencia perjudicial para la salud en un paciente o sujeto de ensayo clínico tratado con un medicamento, aunque no tenga necesariamente relación causal con dicho tratamiento*. La conciencia de la importancia sectorial de la definición ha hecho que, por lo tanto, el Ministerio de Sanidad y Política Social de España, en el estudio que lleva a la consagración de un sistema de notificación de eventos adversos, adopte una noción más amplia de la categoría: *incluye el conjunto de accidentes y incidentes causantes de un daño en el paciente o que hubieran podido causarlo, con ocasión de la asistencia sanitaria prestada*. Y si el accidente se entiende como el “acontecimiento aleatorio imprevisto y inesperado que produce un daño al paciente o daños materiales de cualquier tipo”, el incidente, comulgando con él la nota de la aleatoriedad y imprevisibilidad, acaba por no implicar consecuencias<sup>7</sup>.

El acento es puesto en el carácter no intencional, inesperado o impredecible del evento producido. En estudios de América del Norte<sup>8</sup>, los eventos adversos se han definido como una lesión no intencional que

causa una discapacidad temporal o permanente, más tiempo de estancia hospitalaria o incluso la muerte del paciente. Creemos que hay que aplaudir la exclusión de las características de la imprevisibilidad o ninguna previsión del daño o incidente ocurrido del concepto. El posible carácter inesperado, impredecible y, quizás, irresistible de la ocurrencia implicaría, *a priori*, excluir una responsabilidad putativa del médico o del establecimiento en el que ejerce su actividad profesional porque, independientemente del marco teórico que se haga de la categoría, se verifican los factores de fuerza mayor. Por lo tanto, no habría ninguna duda, desde el principio, que la creación de un sistema de registro y comunicación de eventos adversos en nada influenciaría los modelos resarcitorios con los cuales se opere, dado que las áreas materiales de relevancia hipotética de unos y de otros son absolutamente estancas y autónomas.

Sin embargo, si el principal objetivo de tales sistemas de notificación y registro es promover la seguridad del paciente, a través del aprendizaje a partir de los incidentes y eventos adversos, ya no tiene sentido la restricción de su operacionalidad a los acontecimientos que no se pueden prevenir porque son imprevisibles<sup>9</sup>. Esto es, si muchos de los eventos adversos están fuera del control del médico, siendo considerados como estímulos importantes para el pensamiento científico, habrá otros que se pueden reconducir a la negligencia o simple error de los profesionales de salud, diciéndose por eso, atenta a su naturaleza culpable, previsible, aunque no esté expresamente previstos.

Por lo tanto, dos conclusiones son legítimas: en primer lugar, un hecho puede —en teoría— conducir a la aplicación de las normas de responsabilidad civil, mientras que hace entrar en movimiento, cuando consagrado, el sistema de notificación de eventos adversos. Saber si aquella responsabilidad puede o no verse afectada por la existencia de este último es, como hemos dicho, uno de los objetivos de este estudio. En segundo lugar, la mejor comprensión de lo que es un evento adverso dicta que se le atribuye la característica de la no intencionalidad, pero no la de la imprevisibilidad. La naturaleza inesperada del evento no puede, pues, confundirse con la falta de previsibilidad de aquél. Es que, independientemente de la relación entretejida concreta entre el instituto

---

5 Véase, para una noción de los eventos adversos, en función de los modelos existentes en los Estados Unidos de América, PAULA BRUNO, *Registo de Incidentes e eventos adversos: implicações jurídicas da implementação em Portugal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 107: “Los eventos centinela son aquellos que resultan en la muerte o la pérdida permanente de funciones, no relacionados con la enfermedad del paciente, el suicidio de un paciente que está recibiendo tratamiento, la muerte de un recién nacido, el secuestro de una persona que está recibiendo tratamiento, la entrega de un niño a una familia diferente, situaciones de violación, de reacción a una transfusión de sangre que implica la administración de sangre o productos sanguíneos incompatibles, cirugía en el lugar equivocado o en la persona equivocada o un objeto quirúrgico retenido en una cirugía”.

6 Véase de nuevo, el estudio citado, p. 33, donde se habla de la importancia de la uniformización conceptual. Dando cuenta de esto, véase entre nosotros, PAULA BRUNO, *Registo de incidentes e eventos adversos: implicações jurídicas da implementação em Portugal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 40.

7 *Op. cit., loc. cit.*

8 Véase, para obtener una lista de estos estudios empíricos PAULA BRUNO, *Registo de incidentes... cit.*, p. 30 y sig.

---

9 Véase, entre nosotros, restringiendo la temática al evento adverso evitable, PAULA LOBATO DE FARIA, “Perspectivas do Direito da Saúde em Segurança do Doente com base na experiência norte-americana”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 10, 2010, p. 81 y sig.

civilista y el sistema que se quiere erigir, no tiene sentido excluir de estos hechos que, en gran medida, ponen en peligro la seguridad del paciente. A lo que hay que añadir que sólo *a posteriori*, determinado lo que realmente sucedió, se puede apodarar el evento como previsible o no.

En esta ocasión, hay que señalar que, a pesar del intento de la normalización conceptual llevada a cabo por las organizaciones internacionales en el campo de la salud, el abogado no debe estar limitado por los pre-conceptos naturalistas o científicos que se le comunican. Por el contrario, debe partir de ellos para, sobre la base de los efectos legales continuos y sin olvidar la intencionalidad ética y legal que contaminan la legalidad, operar su propia conceptualización. No se ignora que la “definición de los conceptos es esencial para facilitar la descripción, comparación, medición, monitoreo, análisis y interpretación de informaciones clave a todos los niveles de gestión de la seguridad de los pacientes<sup>10</sup>. Es, sin embargo, un plan que no se solapa con aquello con lo que nos ocupamos ahora. En efecto, una cosa es la comunicación hecha por los médicos y dirigida a expertos que la examinarán, que debe regirse por criterios científicos uniformes<sup>11</sup>, y otra muy distinta es asumir de manera positivista que se puede acoger dentro del marco jurídico expresiones a-jurídicas que se mantendrían sin cambios. Dónde es al abogado y solamente esto que tiene de decidir cuándo y en qué condiciones nos encontramos ante un evento adverso, es decir, cuando se determina que un evento debe ser notificado y/o registrado.

Se puede decir, desde el principio, y en resumen, que el evento adverso puede tener una causa humana, porque es aquel que, importando o pudiendo importar el empeoramiento del estado de salud del paciente, implicando o pudiendo implicar una lesión a su integridad física o de su vida, no se espera ante el panorama clínico diagnosticado, pudiendo sin embargo ser

predecible, porque el médico, si es suficientemente diligente, habría entendido, si ese fuera el caso, que la desaparición de algunas *leges artis* pueda conducir o podría conducir a esa lesión; o tener una causa no humana. En la primera hipótesis, el evento adverso integra tanto los comportamientos negligentes, que pueden dar lugar a responsabilidad civil (se puede predecir lesiones), o los errores médicos que no pueden ser valorados como culposos<sup>12 13</sup>.

Además, cabe señalar que, en función de la disposición del sistema de notificación, así podrá ser diferente la amplitud del concepto que tenemos en nuestras manos. Un breve recorrido por modelos actuantes en otros países nos muestra que, por regla general, los sistemas de notificación obligatoria fijan límites a su vinculatoriedad a través de un concepto menos amplio de evento adverso. Esto es, la obligatoriedad de la notificación acaba por ser compensada por el hecho de que sólo se tienen que comunicarse los eventos adversos más severos.

En lo que se dice aquí, por lo tanto, se asumió tanto el problema de la finalidad principal de los sistemas de notificación y registro de los eventos adversos, como la cuestión de las características por las cuales el sistema se va a guiar.

## 2.2 El objetivo de los sistemas de notificación y registro de eventos adversos

Tras el informe del Instituto de Medicina estadounidense – *To err is human* –, La cuestión de la seguridad de los pacientes ha suscitado gran interés a nivel internacional<sup>14</sup>. La conciencia de que la mayoría de los eventos adversos se debe a situaciones latentes al sistema en sí y no a la negligencia de los

10 Véase PAULA BRUNO, *Registro de incidentes...* cit., p. 40.

11 Véase *Conceptual framework for the international classification for patient safety*, 2009 da *World Alliance for Patient Safety* ([http://www.who.int/patientsafety/taxonomy/icps\\_full\\_report.pdf](http://www.who.int/patientsafety/taxonomy/icps_full_report.pdf)): evento: es algo que sucede a/o implica un paciente; evento de riesgo: incidente que no vienen a dañar al paciente. Incidente no perjudicial: incidente que el paciente sufrió pero no causó el daño; incidente perjudicial o evento adverso: incidente que provoca daños al paciente; error: incumplimiento de la obligación de realizar una acción según lo previsto o aplicación de un plan incorrecto; reacción adversa: daños imprevistos, resultantes de una acción justificada en que el procedimiento correcto ha sido seguido.

Sobre el punto, véase, también, PAULA BRUNO, *Registro de incidentes...* cit., p. 43.

12 Véase *Act on Patient Safety in the Danish Health Care System*, artículo 2, que define el evento adverso como el evento resultante de un tratamiento en un hospital o durante la estancia en el mismo y que no se debe a la propia enfermedad del paciente.

13 Véase MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, *El establecimiento de un sistema nacional de notificación...* cit., p. 82, considerando que algunos eventos adversos pueden constituir un motivo de responsabilidad, mientras que otros están en el margen de cualquier desaprobación jurídica, porque configuran las hipótesis del caso fortuito o integran la categoría de fuerza mayor.

14 MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, *El establecimiento de un sistema nacional de notificación...* cit., p. 52.

médicos<sup>15</sup> lleva las autoridades a considerar urgente la prevención de los eventos perjudiciales o potencialmente perjudiciales.

El Consejo de Europa, a través de la Recomendación (2006)7, reconoce la necesidad de promover la seguridad del paciente, como un principio fundamental de los sistemas de salud, así como la necesidad de una coordinación abierta de los reglamentos sobre la seguridad de los pacientes al nivel nacional y internacional, y recomienda a los Estados miembros el desarrollo de sistemas para la notificación de incidentes en las cuestiones de seguridad del paciente, con el fin de facilitar esa seguridad a través de un proceso de aprendizaje. En 2008, la Comisión Europea ha enviado al Parlamento Europeo una comunicación (Com (2008)836) relativa a la seguridad de los pacientes que sugiere la creación por los distintos Estados miembros, de un sistema de notificación de eventos adversos. En una Propuesta de Recomendación del Consejo (Com(2008)837), se prevé explícitamente la necesidad de cada uno de los Estados crear un sistema de notificación de eventos adversos, al mismo tiempo que debería aclarar las cuestiones relativas a la responsabilidad de los profesionales<sup>16</sup>.

15 *Op. cit., loc. cit.*

Véase, siempre en el mismo sentido, PAULA BRUNO, *Registro de incidentes...* cit., p. 38 y sig., considerando que “los sistemas complejos desde el punto de vista tecnológico producen las condiciones favorables para la aparición de errores”, y que por eso es importante “volver a diseñar el sistema para la detección y el análisis de todos los errores y no responsabilizar los individuos”. Añade que “el Error en Medicina no debe considerarse solamente en una perspectiva individual —error humano—, sino una consecuencia de varios factores organizacionales”. Y añade que estas ideas se reflejan en las recomendaciones de la OIM y la OMS”.

No creemos que sea posible dar razón al autor y aquellos a los que se basó. No se trata de negar que la complejidad de los procesos que involucran las acciones de los profesionales de la salud hace difícil la individualización de la responsabilidad y puede conducir a atribuir el daño a la organización del sistema como un todo. Pero nada de esto impide que ciertos errores humanos no puedan y deban ser considerados de una perspectiva individual. Vamos más allá para destacar que un sistema jurídico que prescinde de lo hacer está a poner en cuestión la dignidad de los propios profesionales de la salud, al negarles la condición de seres responsables y, por tanto, de personas. Y en esa medida, está a poner en cuestión la propia dimensión de juridicidad que lo inerva.

Aquí no nos oponemos a la prevención, simplemente nos advierte para el hecho de que ella no puede poner en cuestión una idea de responsabilización que tiene como último fundamento la afirmación de la personalidad libre del agente, además de la indemnización por los daños. Sobre la cuestión de las finalidades de la responsabilidad civil, véase MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, Coimbra, 2005, p. 511 a 600.

16 Véase, de nuevo, PAULA BRUNO, *Registro de incidentes...* cit., p. 49.

En 2009, el Consejo de la Unión Europea recomienda a los Estados Miembros la creación o el fortalecimiento de los sistemas de notificación de los eventos adversos, agregando, que no deben ser recriminatorios.

Ya en 2005, la Declaración de Luxemburgo recomendó a los Estados europeos el desarrollo de una política de gestión de riesgo en las unidades de salud, así como la creación de sistemas de registro de eventos adversos, voluntarios y confidenciales.

Además, en 2005, la Organización Mundial de la Salud ha recomendado a los Estados Miembros, en relación con los sistemas de registro de los eventos adversos, que deben tener como objetivo primordial la mejora de la seguridad de los pacientes, a través de la identificación de errores y incidentes y la investigación de factores subyacentes, con la advertencia de que todo aquel que observa los acontecimientos adversos o de otro tipo no debe ser castigado. La presunta<sup>17</sup> inmunidad del médico que lleva a cabo el registro de los eventos adversos es, de hecho, común a otros documentos. En el artículo 6 del *Act on Patient Safety in the Danish Health Care System*<sup>18</sup> puede leerse que el profesional de salud que comunica un evento adverso no debe ser objeto de medidas disciplinarias o penales<sup>19</sup>. Y, en los Estados Unidos,

17 La introducción de la palabra “presunta” permite anticipar que no es posible hablar verdaderamente de un sistema de inmunidad del médico.

18 *Act n. 429 de 10/6/2003* (véase, para el análisis de la titulación, el estudio del Ministerio de Sanidad Español. Véase, también, PAULA BRUNO, *Registro de incidentes...* cit., p. 97 y sig.).

El sistema danés de notificación y registro de los eventos adversos se caracteriza por su carácter obligatorio (los titulares de los hospitales están obligados a actuar sobre la base de la información disponible y el Comité Nacional de Salud está obligado a comunicar las lecciones aprendidas a partir de las notificaciones. Además, los profesionales de la salud tienen la obligación de registrar, no solamente los eventos en los que están de algún modo involucrados, pero también aquellos de que hayan tenido conocimiento — véase PAULA BRUNO, *Registro de incidentes...* cit., p. 98) y por la exclusión de cualquier acción disciplinar o penal, en los términos del artículo 6, estableciéndose, para eso, una separación estricta entre el sistema de aprendizaje y los sistemas restantes relacionados con eventos adversos. El sistema es, todavía, anónimo. En él son registrados los eventos derivados del tratamiento o internamiento en el hospital y no los que derivan de la enfermedad. En los términos del artículo 2 debe ser reconocido como un evento adverso todo aquel que sea el resultado del tratamiento u hospitalización en el hospital y no de la enfermedad del paciente, y este evento es al mismo tiempo perjudicial o potencialmente perjudicial si no es evitado a tiempo, o si el evento no haya ocurrido por otras razones. Los eventos adversos deben incluir los eventos y los errores conocidos y desconocidos).

19 Más específicamente “un profesional que notifica un evento adverso no debe estar sujeto a las investigaciones o

el *Patient Safety and Quality Improvement Act* de 2005 establece que el empleador no puede ejercer una acción disciplinaria contra un trabajador, sobre la base de información que él informó. En particular, no podrá dar lugar a la pérdida de trabajo, pérdida de promociones, beneficios o tener un impacto negativo sobre la acreditación o certificación de las competencias, es decir, la notificación del incidente o evento adverso no puede tener consecuencias desde el punto de vista justrabaja<sup>20</sup>. De igual modo, la información facilitada en el contexto de la notificación no puede ser admitida como prueba en un juicio, ni puede dar lugar a responsabilidad civil, penal o administrativa<sup>21</sup>. También en los Países Bajos, a pesar de la falta de uniformidad que caracteriza el sistema, a dificultar el diseño de sus principales contornos, nos vemos enfrentados a un sistema de carácter voluntario y no

medidas disciplinarias por su empleador, ni a las sanciones por el do *National Board of Health* o por los tribunales<sup>7</sup>.

20 Véase MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, *El establecimiento de un sistema nacional de notificación...* cit. p. 44 e 157.

21 No es posible mirar unívocamente para el fenómeno en los Estados Unidos. La conformación de los sistemas de notificación y registro de los eventos adversos es variable de estado para estado. Además del *Patient Safety and Quality Improvement Act* de 2005, importa considerar el *Patient Safety Information System* (SPOT), desarrollado por el Centro Nacional para la Seguridad del Paciente, dependiente del *Veterans Health Administration*, y el *Patient Safety Reporting System* (PSRS). Cualquier uno de ellos es no punitivo (así como confidencial). Se debe, entonces, acompañar el diseño concreto que cada estado dispensa al sistema de notificación y registro de los eventos adversos por sí construido.

Véase, a este respecto, PAULA BRUNO, *Registro de incidentes...* cit., p. 105 y sig.

De acuerdo con la información recogida en el estudio del escritor, que confirman lo que fue dicho por nosotros, en los EE.UU no existe un registro nacional no existe, pero están en vigor múltiples sistemas según los estados en que estamos. En su mayoría, son obligatorios, divergiendo en cuanto al tipo de los eventos notificados y al grado de protección que dispensan. La obligatoriedad es explicada por la voluntad de responsabilizar las organizaciones de la salud por la ocurrencia de eventos graves.

En 1999, el *Veterans Health Administration* (VHA) ha fundado el *National Center for Patient Safety* (NCPS), que pasa a ser responsable por los programas desarrollados para salvaguardar la seguridad de los pacientes y origina el *Patient Safety Reporting System*, cuyo objetivo es identificar el origen de los factores contributivos para los eventos adversos (lo que sucedió), para que después se tomen medidas de prevención de la repetición del evento. Él es voluntario, confidencial, no punitivo. Para garantizar la confidencialidad, se elimina la identificación de los intervinientes y del local de la ocurrencia antes que las informaciones sean introducidas en la base de datos. El *Patient Safety Reporting System* es complementado por el *Patient Safety Information System*.

En términos legales, es el *Patient Safety and Quality Improvement Act* (*Public Law 109-41-July, 2005*) que rige. Se garante ahí la confidencialidad de los datos escritos y se protege la prueba testimonial, prohibiendo los procedimientos judiciales de naturaleza civil, criminal, administrativa o disciplinaria con base en los registros efectuados.

punitivo, que coexiste con un sistema obligatorio dependiente del *Health Care Inspectorate*, para los hechos que configuran los acontecimientos adversos graves<sup>22</sup>. También en Suecia, el sistema de registro de notificación, que se creó en 1997, bajo la supervisión del *Socialstyrelsen* y basado en el *Quality Patients Safety Act* de 1976, aparece como no punitivo y independiente de las comisiones encargadas de evaluar las indemnizaciones por daños y perjuicios a los pacientes<sup>23</sup>. Y en España, el estudio que tiene como objetivo establecer el dicho sistema concluye que el mismo debe ser universal, anónimo, voluntario y confidencial<sup>24</sup>.

La idea generadora de los sistemas de notificación y registro de incidentes y eventos adversos y la elaboración de modelos que, en su mayoría, asumen dejan claro el carácter preventivo de estos. Con ellos se quiere, según la *National Patient Safety Agency*, elevar la calidad del sistema de salud y reducir los eventos adversos<sup>25</sup>. Se percibe, por lo tanto, la

22 Véase MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, *El establecimiento de un sistema nacional de notificación...* cit., p. 127.

23 Véase MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, *El establecimiento de un sistema nacional de notificación...* cit., p. 130. Otras características del sistema que integra dos clases de notificaciones (las vinculadas con el sistema de mejora de la calidad de las prestaciones y las resultantes de la *Lex Marija – Patient Injury Act* de 1997) y alimenta una base de datos de carácter nacional son: el carácter no anónimo de la comunicación, la naturaleza confidencial de la identificación del notificador y de la notificación, el carácter voluntario para los pacientes y obligatorio para las organizaciones sanitarias, y el hecho de que las notificaciones sean hechas localmente en los hospitales donde ocurren los eventos adversos.

24 En Portugal, aún no se conocen las líneas conformadoras del sistema de notificación y registro de eventos adversos que será creado brevemente. Existen sistemas de notificación de eventos adversos, pero son simplemente sectoriales: Sistema Nacional de Farmacovigilancia (DL n°176/2006, de 30 de Agosto); Sistema Nacional de Vigilancia de Dispositivos Médicos (DL n°145/2009, de 17 de Junio); Sistema Nacional de Hemovigilancia (DL n°267/2007, de 24 de Julio).

25 *Seven Steps...* cit., p. 85 y sig.

Acerca del modelo consagrado en el Reino Unido, véase PAULA BRUNO, *Registro de incidentes...* cit., p. 114 y sig.

La *National Patient Safety Agency* pertenece al servicio nacional de salud del Reino Unido. Hace parte de él el *National Reporting and Learning System*, el *National Clinical Assessment Service* y el *National Research Ethics Service*. El *National Reporting and Learning System* tiene como objetivo la promoción del registro de eventos adversos, para evitar futuros daños y garante la protección de la información a través del estándar *Secure Socket Layer*. Según lo que enseña PAULA BRUNO, op. cit., p. 114, “las ocurrencias sujetas a registro son todo y cualquier incidente inesperado, no intencional, que ha causado daños, o que es susceptible de causar daños a uno o más pacientes”, donde el registro es “anónimo y, caso contenga informaciones acerca del profesional o del paciente, serán estas removidas antes de su introducción en la base de datos”. “En el

atención en torno a la confidencialidad o el carácter anónimo de las notificaciones<sup>26 27</sup>. De hecho, la eficacia del sistema depende del grado de confianza que los profesionales de salud depositan en él, de ahí, si cuelga la amenaza que la comunicación puede funcionar como medio probatorio para que se les atribuya una responsabilidad de cualquier tipo, los objetivos que persigue salgan comprometidos. Como explica el informe del Ministerio de Sanidad español, “debe estar orientado hacia el aprendizaje, para la formación de profesionales para la detección, análisis y discusión

---

Reino Unido, la confidencialidad de la información resultante del registro de incidentes no es garantida en legislación específica; sin embargo, la NPSA ha adoptado medidas para asegurar la confidencialidad de la información basándose en principios y procedimientos definidos en el NHS Confidentiality Code of Practice, en el Caldicott Report, Records Management, en el NHS Code of Practice y en el Information Security ISSO 27001” (PAULA BRUNO, *Registro de incidentes...* cit., p. 115)

26 Acompañando una vez más el estudio de PAULA BRUNO, *Registro de incidentes...* cit., p. 116, sabemos que, en el Reino Unido, y según los documentos oficiales referidos en la nota anterior, “todos los empleados tienen obligaciones contractuales definidas sobre confidencialidad. Además de la reglamentación aplicable, la NPSA cumple las disposiciones legales del Gobierno, incluyendo el Freedom of Information Act 2000, el Data Protection Act 1998, el The Human Rights Act 1998, el Medical Act 1983, entre otros”.

27 Tenga en cuenta, también, el *Australian Incident Monitoring System*, fundado por la *Australian Patient Safety Foundation*, entidad no gubernamental independiente. El sistema es voluntario y confidencial y la información fornecida está protegida y no puede ser divulgada. Según enseña PAULA BRUNO, *Registro de incidentes...* cit., p. 101, “ha sido definido por ley que las bases de datos del *Australian Patient Safety Foundation* son actividad formal de garantía de la calidad, por eso la respectiva divulgación tiene protección legal; la revelación o la diseminación de la información personal que resulta de las actividades de seguridad y la calidad es, inclusivamente, un delito”. Véase el *Health Insurance Act 1973, Part VC – Quality Assurance Confidentiality*. El Ministerio de la Salud de Australia ha declarado el *Australian Incident Monitoring System* como actividad de garantía de la calidad, aplicándose la sección VC del *Health Insurance Act 1973*. El propósito de la sección es “impulsar actividades de garantía de la calidad eficientes, juntamente con la asistencia sanitaria”. Así, prohíbe “la divulgación de la información que sea conocida solamente como resultado de este tipo de actividades” o “la producción de un documento para el tribunal que resulte solamente de este tipo de actividades”, y protege “los individuos que ejercen estas actividades de buena fe de la responsabilidad civil en lo que respecta a las mismas”. Además, se consagra que “el individuo que adquiere información solamente conocida como resultado de la actividad de garantía de la calidad, tanto el individuo haya obtenido la información en el ejercicio de su actividad, como resultado de la divulgación (...) o de otra forma, no puede, excepto para propósitos de esa actividad o en concordancia con una autoridad acreditada por el Ministerio, directamente o indirectamente, registrar esa información o divulgarla a otro individuo o a un tribunal”, incurriendo en una pena de dos años de cárcel si lo hace. Sin embargo, “si el Ministerio considera que la información revelada (...) se relaciona con la conducta y que puede haber habido una ofensa grave contra la ley (...), puede, por escrito, autorizar la divulgación de la información de forma designada por una autoridad de refuerzo de la ley, como la Comisión Real”.

de eventos adversos para que en el futuro se puedan prevenir”<sup>28</sup>. Es también esta información que explica el alejamiento de cualquier propósito investigativo y punitivo, ya que, en caso de que existiera, tendría un efecto disuasorio para los médicos, que así se podrían negar en el momento de la efectiva notificación del evento adverso. Opiniones en este sector indican, también, que la notificación voluntaria ha contribuido a un aumento de la confianza de los clínicos, evitando un pequeño número de comunicaciones.

La *National Patient Safety Agency* añade, sin embargo, entre los objetivos del sistema, la prevención de procedimientos judiciales de responsabilidad contra los médicos y el sistema de salud y la reducción de los costes inherentes a los eventos adversos<sup>29</sup>. Al asumirse como cierto, estamos yendo más allá. Del simple propósito preventivo se transitaría a una tecnocracia eficientista que, olvidando el sentido más fondo de la personalidad libre y responsable, orientamos a una eficacia que, pudiendo ser importante en términos de gestión de riesgos, nos deja en la sombra en materia de juridicidad. Sólo no sería así si la prevención de los juicios pasara exclusivamente por la prevención de los hechos que justifican una reclamación de responsabilización.

En ecuación están, por lo tanto, dos segmentos problemáticos:

- a) ¿en qué medida un evento adverso puede ser una fuente de responsabilidad, en particular, y en lo que a nosotros respecta, de responsabilidad civil, o, en su lugar, en qué medida la creación de un sistema de notificación y registro de incidentes y eventos adversos debe ir acompañada de un modelo de compensación de los daños tipo seguridad que exime a los profesionales de la salud de un proceso judicial contra ellos?;
- b) ¿hasta qué punto puede la información contenida en la notificación ser utilizada en un proceso judicial?

Antes de intentar una respuesta a cada una de estas preguntas, es necesario intentar sistematizar las hipótesis formuladas en el diálogo cuando se habla de la conformación de los sistemas de notificación y registro de los eventos adversos<sup>30</sup>.

---

28 Véase MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, *El establecimiento de un sistema nacional de notificación...* cit., p. 44.

29 *Seven Steps...* cit., p. 85 y sig.

30 Cabe señalar que estas cuestiones no son nuevas,

### 2.3 Las posibilidades modeladoras de un sistema de notificación y registro de eventos adversos.

El punto expositivo que ahora iniciamos no ofrece a nuestro interlocutor novedad bastante, pero permite sistematizar las opciones dialógicas colocadas ante el poder legislativo cuando se enfrenta a la cuestión de la conformación de los sistemas de notificación y registro de los eventos adversos.

El ejercicio es útil por dos razones. No sólo permite lograr una clarificación de las realidades a debatir, como, en una fase en la que todavía son desconocidos los contornos que en nuestro país estarán exentos del sistema de notificación de eventos adversos, ofrece una amplia gama de opciones con las que, como alternativa, se abordará en el futuro<sup>31</sup>.

Por lo tanto, y de conformidad con la experiencia recopilada más allá de sus fronteras<sup>32</sup>, los sistemas mencionados pueden ser obligatorios o voluntarios, es decir, la notificación puede ser opcional o obligatoria, siempre que se verifica uno de los eventos previstos en la ley. Según la explicación de PAULA BRUNO, los sistemas voluntarios, también conocido como sistemas de aprendizaje, son “orientados a la mejora continua de la calidad y la seguridad” y “tienen como objetivo identificar las vulnerabilidades del sistema”, incluyendo, por lo tanto, “una gran dimensión de eventos sujetos a registro”<sup>33</sup>. Ya los sistemas obligatorios, considerados por la autora como sistemas de responsabilización, “restringen el registro a una lista de eventos graves, los llamados eventos centinela, como por ejemplo, entre otros, la muerte inesperada, la reacción a una transfusión de sangre, una cirugía de la parte equivocada del cuerpo o la muerte de un recién nacido con respecto al parto”<sup>34</sup>. Sin embargo,

---

que son objeto de examen en otros estudios. La característica especial no impide, sin embargo, la pertinencia de ellas, más aún teniendo en cuenta que la respuesta para encontrar, está condicionada por el sentido de la juridicidad asumida, puede no ser convergente con las que previamente han sido avanzadas.

31 Sin embargo, hay noticias, en la prensa escrita, que informan sobre el carácter anónimo y voluntario del sistema. Se basan en los modelos que, a título experimental, están siendo aplicados en tres hospitales nacionales, no habiendo, sin embargo, cualquier certeza en lo que respecta a la definitiva conformación que el sistema de notificación y registros de eventos adversos irá conocer.

32 Véase, a este respecto, PAULA BRUNO, *Registro de incidentes...* cit., p. 41 y sig.

Véase, también, MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, *El establecimiento de un sistema nacional de notificación...* cit., p. 82 y sig.

33 V. PAULA BRUNO, *Registro de incidentes...* cit., p. 41-42.

34 PAULA BRUNO subraya que, en los EE.UU., “la mayoría

no creemos que podemos establecer la equivalencia implícita en el texto. Es decir, no es por el hecho de que la notificación se requiere que un sistema puede ser visto como responsabilizador o punitivo. Es cierto que muchas personas consideran que la obligación de registro puede contribuir a la desconfianza de los profesionales de la salud, así, si el propósito es exclusivo o principalmente la mejora del servicio de salud y aprendizaje de los médicos, deberíamos optar por la nota de la voluntariedad. Considerando este razonamiento como correcto, no creemos, sin embargo, que se imponga como una necesidad lógica. Incluso porque, dentro de las opciones conformativas del sistema, se podría plantear la hipótesis de imponer una comunicación obligatoria a las organizaciones de salud y no a los médicos o complementar cualquier notificación obligatoria, a cargo de los médicos, con una notificación voluntaria de los pacientes. La segunda alternativa, permitiendo el cruce de datos, podría suportar la penalización del médico que, estando obligado a comunicar el evento adverso, no lo haya hecho. Sin embargo, estamos hablando de la pena por incumplimiento de esta obligación específica y no de una pena que surge de la práctica de un presunto acto de negligencia en el ejercicio de su profesión. El efecto disuasivo que se quiere evitar con la defensa del carácter facultativo de la notificación no puede ser, además, compensado con el aumento en el número de notificaciones, una vez que debemos contar con la inercia del propio médico.

Hay que destacar, por razones de coherencia, que la solución de la penalización del profesional de la salud por la omisión de la notificación, lo que contradice tanto la experiencia vivida en las jurisdicciones extranjeras como las recomendaciones de las organizaciones internacionales, también implica la configuración del sistema como un sistema nominativo, a pesar de que puede ser confidencial. Ya el carácter obligatorio de comunicación por parte de la organización sanitaria no implica la misma solución, dejando abierta la posibilidad entre un modelo anónimo o nominativo y, dentro de este, confidencial o no.

Este es el segundo binomio puesto a consideración de los legisladores que quieren regular el asunto. Si con el sistema se quiere desarrollar el aprendizaje de los médicos y pugnar por un servicio de cuidado menos nocivo y más eficaz, debe orientarse a la formación de los profesionales a través de la detección de fallos, el análisis y la discusión de los eventos adversos.

---

de los Estados han implementado sistemas obligatorios en virtud de los cuales, inclusivamente, penalizan las organizaciones por los eventos graves”. *Op. cit.*, p. 42

No sólo se consigue mediante una notificación anónima, como el objetivo es conseguir el mayor número posible de registros de incidentes y accidentes, por lo tanto, deben crearse las condiciones necesarias para aumentar la confianza de los médicos que, identificándose, pueden retraerse por temor a las represalias. No son pocas las voces, sin embargo, que alertan sobre las debilidades de un sistema basado en el anonimato: dificultades en la obtención de información que puede ser relevante para una adecuada comprensión de lo que sucedió. La consecución de los objetivos que se persiguen con la creación del sistema se haría, por lo tanto, mediante la adopción de normas que garanticen el respeto de la confidencialidad. El *Patient Safety and Quality Improvement Act 2005*, demostrando ser especialmente cauteloso sobre el punto, admite que, a pesar de ello, casos en que la información contenida en la notificación se puede enviar a una tercera parte: a) cuando esto está autorizado por cada una de las personas que figuran en el auto de la notificación; b) cuando se trate del descubrimiento de los datos relativos a la seguridad del paciente en el contexto de un procedimiento civil dirigido a salvaguardar los intereses del notificador<sup>35</sup>; c) cuando los datos sobre la seguridad del paciente son pertinentes en un caso penal, pero sólo cuando el Tribunal determina que los hechos denunciados contienen elementos de prueba de un delito, que son importantes para el proceso y no están disponibles en otra vía<sup>36</sup>.

<sup>37</sup> El problema central en torno a la confidencialidad pasa, exactamente, por aquí: una vez identificados el notificador y el paciente, no solamente habrá que tratar de cuestiones relacionadas con la protección de los datos, como se puede plantear la cuestión de si el registro puede o no ser utilizado como prueba en un proceso penal o civil. Entre nosotros, PAULA BRUNO considera que, tanto en el ámbito de los procesos penales, en homenaje al Principio de verdad material y el Principio inquisitorio, como a nivel de Procedimiento Civil, en virtud del deber de colaboración en el proceso de descubrimiento de verdad material, el registro escrito de los incidentes y eventos adversos puede ser utilizado como un medio de prueba, excepto

35 Esto ocurre cuando no se respeta la garantía de los intereses del médico notificante previstos en la propia norma que estamos a analizar.

36 Véase MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, *El establecimiento de un sistema nacional de notificación...* cit., p. 157.

37 Tengamos en cuenta también situaciones en las que, en el Reino Unido, la confidencialidad puede ser ultrapasada, como por ejemplo cuando están en causa actos dolosos practicados por un profesional de la salud, y las hipótesis en que la información es requerida por un Tribunal – véase a este respecto PAULA BRUNO, *Registro de incidentes...* cit., p. 116.

si la ley protege esta situación. Verdaderamente, en conformidad con la explicación de la autora, incluso en un sistema anónimo, si el documento en cuestión es identificable, es posible que tenga que afrontar el mismo problema. Por esta razón, sostiene que “es *conditio sine qua non* para el éxito del sistema, la adopción de medidas legislativas para asegurar la confidencialidad de la información registrada en el sistema de notificación, asegurando así que el registro no tenga el carácter de prueba documental, y que quien analiza la información o realiza un tratamiento de esta información puede no asumir la calidad de testigo en un procedimiento judicial o disciplinario<sup>38</sup>. En este punto, no dudamos en afirmar que el poder legislativo, cuando crea el sistema de notificación y registro de incidentes y eventos adversos, tiene oficialmente legitimidad para consagrar las garantías que estime pertinente para, salvaguardando la intencionalidad y el objetivo principal del sistema generado, descartar la posibilidad de que sean incluidos en un proceso<sup>39</sup>. La cuestión es, por lo tanto, si justifica o no el régimen de privilegio.

La respuesta a esta pregunta implica la ponderación de algunos vectores que operan en términos opuestos. Por un lado, no es posible imponer obligatoriamente un sistema de notificaciones y obtener como resultado una casi confesión del profesional de la salud, porque nuestra ley procesal se guía por la idea de que nadie puede ser obligado a contribuir a su propia condena. Por otro lado, en cuanto al procedimiento civil, las partes tienen la obligación de cooperar en el descubrimiento de la verdad material. Además, no es posible construir un sistema que bloquee el acceso del paciente —en el caso de responsabilidad civil— o del Ministerio Público —en el caso de responsabilidad penal— a la producción de la prueba<sup>40</sup>. Sin embargo, si además de la prueba documental se suponen obstáculos, por medios legales, a la producción de prueba testimonial, con el objetivo de proteger los médicos y, por tanto, abogar por un

38 Véase PAULA BRUNO, *Registro de incidentes...* cit., p. 96.

Las nervuras problemáticas que envuelven el tema de la prueba se extienden, también, a la prueba testimonial, ya que hay, en teoría, la posibilidad que los médicos o enfermeros de la Comisión que procederá a la análisis de los eventos adversos notificados sean llamados a deponer en procesos judiciales, como testigos – véase p. 89.

39 Sobre este punto, *vide*, también, las reflexiones del MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, *El establecimiento de un sistema nacional de notificación...* cit., p. 83 y sig., donde PAULA BRUNO también se ha inspirado.

40 Esto solo tendría sentido si se consideran, *ex legis*, no jurídicamente relevantes los hechos que configuran un evento adverso, independientemente de su fundamento o causa.

aumento de la eficacia del sistema en términos de la formación y el aprendizaje, se quedará aún más caro su ya frágil posición como es el caso de la persona perjudicada, especialmente con respecto a las acciones civiles.

Una solución intermedia sería, a nuestro entender, garantizar la no transmisión de los datos a terceros, excepto cuando fuera solicitada, de manera razonada, por un tribunal. El razonamiento sería, por ejemplo, la absoluta necesidad de acceso al registro a los fines de descubrimiento de verdad material y sólo cuando existen fuertes indicios de que los hechos descritos en él configurarían un acto ilícito.

Si seguimos acompañado los binomios conformadores del sistema de notificación y registro de incidentes y eventos adversos, diremos que estos también pueden ser internos o externos<sup>41</sup>; limitar el registro a los acontecimientos adversos graves o ampliar la notificación a los eventos de riesgo, incluso cuando no causan daños; punitivos o no punitivos.

En lo que se refiere a la última pareja disyuntiva puesta en el diálogo, no es difícil darse cuenta de que, incluso si las cualificaciones no son equivalentes, ni hay entre ellas una relación de necesidad lógica, por regla general, la elección de un modelo punitivo acompaña el diseño de un sistema de notificación obligatoria. El alcance exacto de la idea de castigo, sin embargo, debe ser objeto de análisis. De hecho, podemos considerarla en términos más o menos estrictos. Mediante una concepción estrictamente punitiva, se podría decir que la notificación hecha tiene como consecuencia inmediata, además del posible aprendizaje y formación profesional, la supuesta apertura de un proceso contra el médico siempre que se concluya que el evento adverso tuvo su origen en un comportamiento humano ilegal (y esa ilegalidad puede ser civil, penal o disciplinaria). En el polo opuesto, se encuentran los sistemas cuyos perfiles definitorios obstaculizan el uso de los contenidos de la comunicación para efectos punitivos. Incluso si hay pruebas de un delito, de delito civil o disciplinario, esto se debe tener en cuenta, y la notificación no puede servir como base para la apertura de un proceso. A medio camino, podemos suponer un sistema en el que haya mediatamente efectos

punitivos. En otras palabras, la notificación no tendrá como efecto directo la apertura de un procedimiento disciplinario, penal o civil contra el médico, pero el contenido del registro puede ser utilizado para estos fines. La problemática – siendo diversa – se conecta con otra que nos conduce a preguntarnos si, una vez inaugurado un sistema de notificación de eventos adversos no punitivo, ya no tienen relevancia jurídica los hechos denunciados.

Como podemos ver, tenemos varias dudas en este sentido. Uno de ellas se basa directamente en la cuestión, ya referida, del valor probatorio de la notificación. Distinta es la cuestión de la posible apertura de un proceso contra el médico cuando su comportamiento es negligente. En este sentido, es importante recordar que, ya se trate del ejercicio de la profesión en un hospital público o privado, los miembros de la Comisión que aprecia las notificaciones se pueden vincular con la obligación de denunciar la comisión de un delito. Todo depende de si, a la luz del artículo 386 del Código Penal, deben o no deben ser considerados empleados para este propósito, por lo que, en última instancia, todo depende de saber cual es el estatuto con lo que por ley están invertidos. Si la respuesta es positiva, la Comisión tendría que, necesariamente, denunciar la presunta comisión del delito y, una vez dada la noticia al Ministerio Público, se abriría, necesariamente también, la investigación correspondiente<sup>42 43</sup>. Como resultado, o el legislador prevé una garantía de confidencialidad que, a la vez, protege el profesional de la salud y exime a los expertos médicos quienes aprecian las notificaciones de dicho deber, o, incluso si no hay una finalidad represiva con la creación del sistema, de él se retirarán consecuencia de tipo sancionatorio. En lo que se refiere a los procedimientos civiles, la presentación de la acción está vinculada a la iniciativa procesal de la víctima, por lo que, en lo que respecta a la responsabilidad, la duda redundará en última instancia, en saber si los hechos registrados en la notificación pueden o no pueden ser considerados relevantes para los efectos legales o si el médico no puede jamás responder<sup>44</sup> por ellos y si el contenido de la comunicación puede

42 Problemático sería, pues, el cumplimiento de la obligación de secreto profesional, y es importante pesar los términos exactos en que el mismo vincula cada uno de los actores del proceso.

43 Lo que aquí se introduce conduce a la confirmación de un crimen público. Diversa sería la situación si, en cuestión, estuviera un delito particular, dependiente de participación criminal del ofendido.

44 Este aspecto será autónomamente abordado en otro punto expositivo.

41 En el primer caso, el registro se hace directamente en la unidad de la salud donde ocurren los hechos, y después son enviados para una comisión externa competente para que los analice. En el segundo caso, la notificación se dirige directamente a la entidad con poderes para dar seguimiento a la comunicación



o no puede ser valorado, a responder afirmativamente a la primera pregunta, con fines probatorios. Otras dudas se plantean sobre aspectos laborales y disciplinarios<sup>45</sup>.

Creemos que, independientemente del diseño particular que el legislador dispensa a sistema de notificación y registro de eventos adversos, es posible hacer consideraciones importantes acerca de la relación entretejida entre la responsabilidad médica y ese sistema.

Pero primero, algunas notas que —sólo pudiendo poner en perspectiva con el prisma del derecho a formar y, por tanto, como indicaciones dirigidas al programador sociales— no dejan de contribuir a una clarificación completa de las problemáticas que enfrentamos.

De hecho, un recorrido por las distintas jurisdicciones en las que la experiencia ha sido implementada así como una lectura cuidadosa de las recomendaciones emitidas por varias organizaciones internacionales nos muestran, con evidencia meridiana, que la preocupación se centra en la construcción de un sistema que no sea punitivo, estando las demás características —por ejemplo, voluntariedad y confidencialidad— al servicio de ese primero alcance. Sin embargo, teniendo en cuenta el objetivo, existen, en abstracto, tres razones supuestamente explicativas para la elección.

De acuerdo con una visión particular del mundo y de la realidad médica y legal, el sistema de salud es tan complejo que sería demasiado costoso para el clínico ser considerado responsable de los eventos adversos que notifica; según otros estudiosos de la materia, lo que se discute es, sobre todo, la creación de incentivos a los médicos con el fin de hacer efectivo el sistema de notificaciones, en su defecto, una vez implementado, claudicar por el pequeño número de registros que están hechos. Queda por considerar los costos de la gestión de los eventos adversos,

45 En lo que respecta a los aspectos laborales, vamos poner en hipótesis, solamente, una situación, partiendo del presupuesto que la notificación tiene como finalidad principal (o exclusiva) la mejora del sistema de la salud: hecha la análisis de diversos relatos de eventos adversos, se concluye que las múltiples ocurrencias lesivas no tienen otra causa sino la incompetencia de un profesional de la salud que trabaja en un determinado servicio de un hospital. Será que, con lo que así se aprende, las medidas a adoptar para obviar futuros acontecimientos no pueden pasar por consecuencias al nivel de las atribuciones y competencias de aquél médico en concreto? Será que no estamos, al forjar un sistema tan garantístico para una clase profesional, a impedir el propio cumplimiento de las finalidades con las que aquél va pensado?

buscando la manera de reducirlos. En la ecuación se quedaría, por tanto, en una comprensión dada, el intento de reducir las demandas contra los médicos, ya que, estando en causa el ejercicio de la profesión en el marco del servicio nacional de salud, correspondería al Estado la indemnización de las víctimas de acción perjudicial.

No creemos que los argumentos estén bien fundados. Con respecto a alentar la notificación, ya sabemos que hay formas de evitar cualquier inercia o desconfianza de los médicos. Es dubitativo saber si, inaugurado un sistema de notificación obligatoria, podemos imponer al clínico que contribuya a su auto-incriminación, donde parece urgente una ponderación de la cuestión en términos de confidencialidad y el uso probatorio de los datos, así como la forma punitiva del modelo<sup>46</sup>. Además, no parece lo suficientemente fuerte la invocación de la complejidad de los procesos clínicos. En efecto, no hay que olvidar que no es simplemente porque se constata algún daño que se pueda imponer una obligación de indemnizar al profesional de la salud, ni tampoco es decidir sobre su punibilidad penal<sup>47</sup>. Con respecto a la responsabilidad civil, no debemos olvidar que no sólo se requiere llenar una serie de requisitos para que la pretensión resarcitoria sea fundada, como la posición del paciente está en confrontación con la del médico, fragilizada, habiendo situaciones de auténtico bloqueo probatorio. Por lo tanto, la imposición de la pena al clínico no surge de la mera presentación de un evento adverso. Por último, la especial atención

46 En particular, creemos que, por este motivo, es difícil crear un sistema con inmediatas repercusiones punitivas. Es decir, la simple notificación no puede dar lugar a la abertura de un proceso. Pero consideramos, en contrapartida, que el Tribunal, *ex officio* o a pedido de una de las partes (cuando las hay), debe poder solicitar el registro del evento adverso, siempre que en cuestión esté la práctica de un delito o siempre que en cuestión esté la concesión de una indemnización por daños y no sea viable abdicar de otro expediente probatorio.

47 No entendemos, por eso, la perspectiva de PAULA LOBATO DE FARIA, cuando afirma que “aunque los “eventos adversos” no sean en su mayoría el resultado de negligencia, como demostrado por el famoso estudio *Harvard Medical Practice Study III, de 1991*, cuando causa de daños, pueden siempre dar origen a una acción en tribunal contra los profesionales de la salud y/o la institución, situación que eventualmente resultará en una obligación por parte de estos en indemnizar la(s) víctima(s)”. Es que ellos sólo darán lugar a una indemnización cuando son imputables al médico, aunque la inmediata causa material no sea el comportamiento del hombre. Así, jurídicamente, el profesional de la salud sólo será responsabilizado si el evento adverso es jurídicamente causado por sí, es decir, resultado de un comportamiento negligente. PAULA LOBATO DE FARIA, “Perspectivas do Direito da Saúde em Segurança do Doente com base na experiência norte-americana”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 10, 2010, p. 81 y sig., p. 81.

que se dedica a los gastos de gestión de eventos adversos, que es digna de elogio, no nos convence. En primer lugar, y en lo que se refiere al ordenamiento jurídico portugués, ella parte de un supuesto falso – o de la inevitabilidad de aplicación del régimen de responsabilidad del Estado a las situaciones de práctica que afecta a la profesión médica en hospitales públicos<sup>48</sup>. En segundo lugar, se acompaña, en muchas ocasiones, la construcción de un sistema no punitivo y confidencial notificación de eventos adversos con la defensa de un sistema asistencialista de indemnización de daños, lo cual puede ser mucho más gravoso en términos de dinero público.

Las indicaciones que nos ofrecen, no siendo concluyentes, abren el camino a la reflexión, central en el tema que tratamos, sobre la articulación entre el sistema de notificación y registro de incidentes y eventos adversos y la responsabilidad civil.

### 3. LA RELACIÓN ENTRE EL SISTEMA DE NOTIFICACIÓN Y REGISTRO DE INCIDENTES Y EVENTOS ADVERSOS Y EL INSTITUTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Ahora, no cuestionamos el problema relativo a la posible fuerza probatoria de la notificación. Ni preguntamos sobre la bondad de la edificación de un sistema plagado de una nota de sanción. Por el contrario, y en una fase en la que se desconoce una propuesta para la creación y regulación del sistema de notificación de eventos adversos, asumimos como punto discursivo que el legislador establece un sistema no punitivo, afirmando, en la norma, que no podrá dar lugar a la responsabilidad civil del médico. Esto significa que, en lo que se refiere a cada uno de los eventos adversos reportados por profesionales clínicos, ¿ya no será posible echar mano de una acción que reclama una indemnización?

Hay buenas razones para responder negativamente a esta pregunta. Desde el principio, el derecho a la indemnización por los daños sufridos por la acción de la Administración Pública está consagrado constitucionalmente y, aunque se entiende que estamos

ante un derecho-garantía que no descarta la verificación de las hipótesis del origen de la pretensión que el demandante introduzca contra él que perjudica, rechazar simplemente toda compensación parece ser contrario a las intenciones del normativo fundamental. De hecho, siempre que se trate de la práctica de la medicina en un hospital público, y sobre todo cuando uno insiste en la cualificación de la acción del médico como un acto de gestión pública, está en cuestión el normal funcionamiento de la Administración Pública. Por otro lado, la responsabilidad configura un principio fundamental del sistema jurídico, en la medida en que se basa en la idea de la libertad personal, por lo que exentar los médicos de las consecuencias de sus actos negligentes les privaría de la raíz de su dignidad como personas.

Por otra parte, defender lo contrario, nos lleva a una paradoja jurídica: por lo general, la defensa del carácter no punitivo del sistema junto con la defensa del carácter voluntario de la notificación, se podría alcanzar el contrasentido de ver el médico, quien, consciente de la grave negligencia de su conducta, efectúa la notificación del evento adverso (causado exclusivamente por sí mismo) auto-exentarse de la responsabilidad. Por lo tanto, no parece que haya dudas sobre la aplicabilidad del régimen de responsabilidad civil para todos los hechos que integran la categoría de eventos adversos reportados.

Estos pueden, por lo tanto, constituir un motivo de la responsabilidad, y otros están al margen de cualquier desaprobación legal, de acuerdo con los criterios normales de asignación. Y más: puesto que en el contexto de procesos civiles, él que perjudica tiene la obligación de no obstruir la prueba, bajo pena de ser capaz de invertirse la carga probatoria, en nuestra opinión, como cuestión de la colaboración con la justicia, no será posible otra solución que la de utilización, a petición de la Corte, del contenido de la notificación a los efectos de la prueba de la importancia de los hechos alegados en el juicio.

Nada de lo que se dice aquí compromete el funcionamiento del sistema de notificación y registro de incidentes y eventos adversos. De hecho, su carácter y la intencionalidad son tan dispares con respecto a la responsabilidad civil que no se puede ver, entre ellos, una relación de consumo.

Hay quien, sin embargo, adelante que la construcción del sistema de aprendizaje, con la ventaja de una mejor comprensión y análisis de los problemas que enervan el sistema de salud, podría ir acompañada

48 Véase, en lo que se refiere al punto, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Responsabilidade civil do médico que actua no SNS e responsabilidade civil do médico que exerce uma profissão liberal. A determinação do regime legal concretamente “aplicável” Anotação ao Acórdão de 20 de Abril de 2006 do Tribunal da Relação de Lisboa”, *Lex Medicinæ*, año 5º, nº 10, p. 161 y sig.

de la previsión de un sistema de responsabilidad objetiva que garantizaría más fácilmente, y con costos más bajos, la compensación de las víctimas del error médico<sup>49</sup>. Se crearía un fondo de responsabilidad objetiva y seguros específicos que garantizarían la indemnización de los pacientes perjudicados, independientemente del origen de los eventos adversos. Todos serían tratados como concreción de los riesgos de una actividad peligrosa. El modelo resarcitorio se quedaría, así, lejos de la previsión de hipótesis de responsabilidad objetiva contenidas en el Código Civil: no se quiere con la propuesta imputar un daño sufrido a un sujeto que encabeza una esfera de riesgo de la que retira cualquier ventaja. La clásica expresión *ubi commoda, ubi incommoda* no tendría aquí cualquier aplicación. Por otra parte, teniendo consciencia de la complejidad inherente a los procesos naturales, de la estructura y la finalidad de la acción del médico, no se puede imponer una obligación resarcitoria al profesional de la salud sin que haya culpa en su comportamiento. En suma, no estaríamos ante un sistema de responsabilidad objetiva, sino un sistema asistencialista que, ahorrando el médico y tratando de eliminar cualquier evidencia sancionatoria, haría recaer sobre todos la indemnización por los daños sufridos por los pacientes.

Lo que en apariencia es una buena solución no puede ser aceptado sin reservas. De hecho, no tenemos que ser condenado a adoptar “un sistema de sentido objetivo-social, con especial atención a la situación también social de los intervinientes y justificada principalmente por la participación en los beneficios y con criterio en los efectos”<sup>50</sup>. Y no sólo no tenemos que ser condenados a este sistema asistencialista, como el hecho de no optar por él trae consecuencias negativas tanto desde el punto de vista de los participantes en la situación en cuestión, como desde el punto de vista de la juridicidad y la comunidad en general.

---

49 La defensa de un sistema de responsabilidad objetiva en el ámbito de los errores médicos es avanzada, por ejemplo, por PAULA LOBATO DE FARIA, “Perspectivas do Direito da Saúde em Segurança do Doente com base na experiência norteamericana”, ...cit., p. 83.

Esta es también la posición de PAULA RIBEIRO DE FARIA, que aboga por la complementación del sistema de notificación y registro de eventos adversos con un sistema de seguros que garantice la socialización del riesgo y asegure que el paciente pueda ser compensado. (véase [http://www.dn.pt/revistas/nm/interior.aspx?content\\_id=1881108](http://www.dn.pt/revistas/nm/interior.aspx?content_id=1881108))

50 Véase CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº6, 1996, p.22.

En el puro nivel de los principios, de que la responsabilidad es la expresión cumbre, porque se basa en la idea del derecho como derecho, tenemos que concluir que lleva a su disolución absoluta. Aunque argumenta en términos generales, CASTANHEIRA NEVES es, en este punto, sin ambages, cuando denuncia el peligro de absoluta objetivación de la responsabilidad: “la polarización institucional de la responsabilidad tanto en el daño, como en el perjuicio ha conllevado, por un lado, a dejarnos de ver su esencial dimensión constitutiva en la culpa para admitir una progresión continua de su carácter objetivo, lo que permite también una notable socialización de su carácter objetivo, que muchas veces se acaba – lo hemos visto, y nosotros vamos a volver a ver – en una disolución pura y simple; y por otra parte, a desconectar la responsabilidad de la propia ilegalidad (...), preguntándonos si no estamos en estos casos recientes de nuevo ante un abuso semántico, al designar de responsabilidad lo que es simplemente la legitimación de la acción al asumir sus consecuencias, de acuerdo con el principio de equidad – pero un abuso muy significativo en sí mismo, ya que demuestra que la calificación de responsabilidad se ha relajado tanto que sólo sirve como fuente dogmática para soluciones de otra naturaleza”<sup>51</sup>. Y, en otro estudio, afirma que “el Estado de Derecho social no se confunde con el *welfare state* y (...) por su dimensión social no es lícito anular su dimensión también específica de la ley (...). Así (...) irradiando normativamente de los valores de la dignidad humana, con sus corolarios también axiológicos de la libertad y la igualdad, participación y solidaridad, responsabilidad y co-responsabilidad, porque indefectiblemente también Estado de Derecho, no puede convertirse en una enorme compañía de seguros o amoral dispensador de los beneficios de una gratuidad sin dolor, sin obligaciones, sin responsabilidad”<sup>52</sup>.

Después de encarar la responsabilidad civil como una expresión del principio fundamental de la responsabilidad y basando este en la libertad de la persona, la desaparición de su ámbito se corresponde, inequívocamente, a abdicar del tamaño de la legalidad que entreteje el modelo resarcitorio. O dicho más simplemente, la falta de responsabilización del

---

51 CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, ... cit., p. 14-15

52 CASTANHEIRA NEVES, “Nótula a propósito do estudo sobre a responsabilidade civil de Guilherme Moreira”, *Boletim da Faculdade de Direito*, volume LIII, 1977, p. 381 y sig. y *Digesta – Ensaio acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, volume I, p. 475 a 482, Coimbra, 1995, p. 479 y sig.

médico, al no requerir que indague su culpabilidad, al rechazar la imputación de algunos daños a comportamientos eventualmente negligentes de los profesionales de la salud, y al reconducir cualquier pretensión compensatoria para un sistema de seguridad, es equivalente a la anulación de la dignidad personal del propio clínico, al no permitir hacer valer su responsabilidad y, concomitantemente, la actualización de su libertad positiva.

Si del punto de vista del médico la opción de un sistema seguro de responsabilidad supone su desdignificación como persona, desde el punto de vista del paciente perjudicado, la alternativa podría no ser favorable. Es cierto que – ahí – quedará exento de la diabólica prueba de la culpa, pero ¿se libertará, además, del homérico reto de demostrar el nexo causal? El alcance exacto de la duda está vinculado intrínsecamente a la comprensión que se dispensa a la exigencia, que va más allá del alcance de nuestro análisis, así como a la modelación concreta que el legislador dispensa al sistema de responsabilidad objetiva. Sin embargo, hay un aspecto que no deja de pesar negativamente contra el dicho modelo asistencialista. De hecho, es dubitativo que él puede compensar cualquier daño sin establecer límites máximos de responsabilidad. Por lo tanto, puede ser beneficioso para la persona perjudicada, en concreto, optar por recorrer a los tribunales para demandar al médico que perjudica. Porque, como también sabemos, aunque integre la compensación, la teleología primaria de la responsabilidad principal, se ha asociado con otros fines. Entre ellos, y profundamente conectados con los daños no materiales, hay la satisfacción de la víctima de que hablan algunos autores. Mientras que para algunos la satisfacción se une a la indemnización por la nota de sinonimia (o casi sinonimia<sup>53</sup>), para otros supuestamente indica una idea de punición evidente<sup>54</sup>. En suma, la persona perjudicada se sentiría apaciguada, pacificada, reafirmandose, al mismo tiempo, la pretensión de validez del orden jurídico<sup>55</sup>. Sin la demanda del profesional de la salud y el reconocimiento de la conducta infractora y negligente por

parte de este, se queda comprometida la consecución de este objetivo.

Además, al establecer un sistema asistencialista de reparación de los daños derivados del ejercicio de la práctica médica, la justicia, que le informará será exclusivamente la justicia distributiva. Ahora, la pregunta es: ¿es justo que el sistema nacional de salud sea doblemente suportado por los ciudadanos? Si los ciudadanos contribuyen con los impuestos para su funcionamiento, también estarán contribuyendo con los ingresos que el Estado les cobra de forma coercitiva al mantener un fondo de compensación que cubre el mal funcionamiento del sistema, es decir, al financiero doblemente, incluso en los casos en que las anomalías pueden y deben ser imputadas a un sujeto en particular. Por supuesto, puesto que la prestación de la asistencia sanitaria es una de las funciones del Estado, y si todos contribuyen a su mantenimiento, se entiende que los daños causados no sólo sean soportados por la persona que ha sido víctima, pero por todos, integrando de este modo uno de los costos del sistema en sí. Esta es, de hecho, la lógica que subyace a la proyección de una responsabilidad del Estado. Utilizando las palabras de MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “si la actividad administrativa se desarrolla en el interés de todos, para atender a las necesidades colectivas, no hay fundamento alguno para que uno o algunos sufran un sacrificio —que sería siempre discriminatorio— lo que equivale a no reparar daños derivados de esta actividad. Solamente un principio que permite la compensación de tales daños podría restablecer el equilibrio, eliminar la discriminación negativa. La regla de la responsabilidad civil del Estado por los actos de poder administrativo aparecía como una consecuencia natural de un principio que se podría considerar como lo de la igualdad de los ciudadanos ante el gasto público”<sup>56</sup>.

Es la idea de una justicia distributiva que parece seguir el camino de sostener la responsabilidad del Estado. Y sobre la base de esta percepción no sólo está la referencia, implícita o no, al hecho de que los daños deben ser suportados por las personas que se benefician de la actividad que las causas, ya que, si, con respecto a la responsabilidad por el riesgo al nivel civilístico, todavía es posible encontrar una manera de compatibilizar la contaminación del instituto por las notas distributivas con el radical de

53 Véase PINTO MONTEIRO, “Sobre a reparacão dos danos morais”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, año 1, n°1, 1992, p. 17 y sig., p. 20.

54 Sobre el punto, véase también, HANS STOLL, “Consequences of liability: remedies”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Chapter 8, vol. XI, p. 92 y sig., p. 92 y 135.

55 JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e reparatória para a responsabilidade penal”, *Revista de Direito e Economia*, año XV, 1989, p. 106 y sig., p. 120, así como las importantes indicaciones bibliográficas que ahí pueden ser recogidas.

56 MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas – Parecer à Comissão Permanente de Concertação Social sobre a figura da responsabilidade civil, contratual e extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Lisboa, 1997, p. 5

fundamentación conmutativo, apelando al sentido ético de la responsabilización, en este caso, no sólo no existe una esfera de riesgo limitado a la cantidad, en que la responsabilidad del Estado corresponde a todas las formas de interacción de las personas jurídicas de derecho público, ya que no es más que una abstracción financiada por la comunidad en general. De lo anterior se deduce que la cobertura de los daños por el erario público no es otra cosa que una forma de repartición de los gastos con la prestación de determinados servicios de interés general.

Históricamente, la galvanización de la importancia de la responsabilidad del Estado se plantea a media distancia con la afirmación de la dimensión social de aquél. Es que, no sólo el creciente intervencionismo estatal potencia las situaciones nocivas, como la ideología que está detrás aconseja esa redistribución.

Y es por ello que se puede entender, también, que mediante esa redistribución se compensan muchos daños que, en el plan civilístico, no obtendrían una compensación. La lógica es la de la conexión administrativa. Si la comunidad en su conjunto beneficia con la ejecución de un sinnúmero de funciones públicas, predisuestas en nombre del interés colectivo, por lo tanto debe soportar, en proporción de su capacidad de pago, los gastos que ellas conllevan. Ahora bien, si se permitiría que una persona jurídica de derecho público o un órgano de Estado podría poner en cuestión derechos o intereses de los ciudadanos sin estar obligado a reparar los daños causados, ello implicaría que, a pesar de la lógica de la financiación de los servicios, ese ciudadano estuviera a contribuir personalmente de forma más intensa para el bien general de la comunidad de que los demás.

Si ese es el caso, entonces, la irresponsabilidad de los funcionarios – es decir de los médicos, que, por medio de la ley no. 67/2007, no son ni siquiera responsabilizados gracias al derecho de retorno, desde que actúen solamente por simple negligencia – sólo corresponde al sentido de la justicia vertida en los criterios legales, y si, el acto lesivo se confine al ejercicio estricto de una función administrativa. Cada vez que se demuestra, además, violador de las normas jurídicas de la protección de intereses externos, acogidas, de acuerdo con la propuesta doctrinaria de CANARIS, abrazada entre nosotros por SINDE MONTEIRO, mediante, entre otras cosas, en el artículo 150 CP, o violador de derechos absolutos, v.g. la vida, la integridad física o la salud del paciente, vayan a competir dos motivos diferentes de responsabilización que,

porque están arraigados en pilares éticos y normativos diversos, no establecen entre ellos una relación de consumo.

En otras palabras, cuando la lesión es provocada no por el sistema de administración de la salud en sí mismo, sino a través de la acción del médico, idéntica al que se llevó a cabo en la práctica privada de la medicina, debería atribuirse a los profesionales de la salud<sup>57</sup>. Y incluso si esta propuesta interpretativa no es aceptada por la mayoría, siempre se tiene que recordar las situaciones en las que el Estado puede ejercer en relación con el médico el derecho de retorno. Por lo tanto, no es posible invocar el *status quo* normativo para defender la existencia de un sistema asistencialista que se basa, preferiblemente, en un sistema de notificación de eventos adversos.

Si todo lo que se dice vierte en el sentido de la autonomía intencional, valorativa y resolutoria de la responsabilidad civil con respecto a la aplicación de un sistema de notificación y registro de incidentes y eventos adversos, manteniéndose la primera intocable, por lo que se refiere a su alcance de “aplicación”, no debemos tampoco negar que la predicción del modelo presupone consecuencias importantes en términos delictuales. No en el sentido de la desaparición o colectivización de la indemnización, sino en el sentido de un refuerzo de la responsabilidad. Hay dos notas que, en esta ocasión, es importante destacar.

En primer lugar, y aunque que no se pueda imponer al médico el deber de colaborar en su propia incriminación, no creemos que sea posible no valorar el contenido del registro de un evento adverso en términos probatorios, cuando la revelación del mismo es solicitada por un tribunal. Desde el principio, el médico está obligado a mantener actualizado el historial clínico del paciente, en el que debe registrar todos los elementos de importancia. Si no lo hace, hay quienes entienden que la carga de la prueba se invierte por entenderse que el clínico, entonces, ha contribuido con su omisión al aumento de la dificultad de demostrar el alcance de la pertinencia recordado por el demandante en el juicio<sup>58</sup>. Si la notificación de un evento adverso no contiene opiniones,

---

57 Véase a este respecto lo que fue dicho en MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Responsabilidade civil do médico que actua no SNS e responsabilidade civil do médico que exerce uma profissão liberal. A determinação do regime legal concretamente “aplicável”... cit., p. 161 y sig.

58 Véase, *inter alia*, LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, “O ónus da prova na responsabilidade civil médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de acções (competência,

pero si se resume a la descripción de los hechos, la imposición de presentación en juicio de su contenido no será muy diferente de la obligación de consulta de los registros médicos, completos y actualizados, del paciente perjudicado. Además, el paciente (o su familia) tienen el derecho a saber qué ocurrió realmente durante la hospitalización y/o tratamiento, y este derecho, como refracción del derecho general de la personalidad<sup>59</sup>, no debe ceder a un supuesto derecho de los médicos de ocultar sus propios errores.

En segundo lugar, el sistema de notificación, puede ayudar a establecer estándares de conducta profesional, en el nivel del sistema de salud. Esto significa que el aprendizaje supuestamente alcanzado por esta vía puede servir como auxiliar de descubrimiento de la culpa, configurando un refuerzo de la propia responsabilidad subjetiva<sup>60</sup>.

---

instrução do processo, prova pericial)”,

<http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/form.cont.responsabilidade.civil.por.acto.medico.pdf>

59 Si en el derecho general de personalidad se integra el derecho a la autodeterminación sobre el propio cuerpo, entendiéndose que el sujeto tenga derecho de conocer todo lo que implica una intromisión en su integridad física (encontrándose aquí la raíz de la disciplina del consentimiento informado), como *a posteriori*, tenga derecho a tomar conocimiento de los diversos incidentes que lo puedan haber victimado. Porque eso puede ser relevante, en términos de historia clínica, para el futuro.

60 En un trabajo de otra índole habría también que cuestionarse si, además del refuerzo de la responsabilidad a través del establecimiento de estándares de evaluación de la culpa, el establecimiento de estándares de comportamiento profesional se podría reflejar dogmáticamente en términos de ilicitud (cuando esta es desvelada a través de la preterición de disposiciones legales de protección de intereses ajenos, lo que implicaría, a su vez, el diálogo con los autores nacionales y extranjeros que problematizan el alcance y la índole de aquellas).

# LA CARTERA DE SERVICIOS Y SU NECESIDAD DENTRO DE LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD: CONFIGURACIÓN Y CATEGORIZACIÓN

*Jesús Esteban, Cárcar Benito*

*Doctor en Derecho*

*Facultativo No Sanitario del Servicio Murciano de Salud*

**SUMARIO:** 1. La cartera de servicios y el alcance del derecho a las prestaciones sanitarias en el contexto actual. 2. Consideraciones generales sobre la configuración de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. 2.1 El catálogo de prestaciones. 2.2 Categorización y modalidades de la cartera de servicios del Sistema nacional de salud. 3. Configuración de la cartera de servicios. 3.1 Los contenidos. 3.2 Necesidad de su determinación. 3.3 Su naturaleza. 3.4 El rango. 4. El problema de los recursos y la cartera de servicios. 4.1 El problema de la sostenibilidad. 5. Una cartera de servicios inclusiva: los colectivos que merecen especial protección en la cartera de servicios. 6. Exclusión, universalidad y solidaridad en el acceso a la cartera de servicios. 7. La cartera de servicios como forma de intervención. 8. Una reflexión final sobre la cartera de servicios. 9. Bibliografía.

## RESUMEN

El vigente Real Decreto 1030/2006 que establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud (SNS) tendrá que adaptarse a una nueva realidad, creada por el Real Decreto Ley 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Los usuarios del SNS tendrán acceso a la cartera de servicios comunes reconocida en este real decreto siempre que exista una indicación clínica y sanitaria para ello, en condiciones de igualdad efectiva, al margen de que se disponga o no de una técnica, tecnología o procedimiento en el ámbito geográfico en el que residan. Nuestro régimen constitucional reconoce el derecho a la protección de la salud en el artículo 43

de la Constitución Española (CE) para lo que exige a los poderes públicos que desarrollen medidas para garantizar su acceso (prestaciones sanitarias). Los servicios se cubrirán principalmente con financiación pública. El problema radica en los límites de contenido del derecho, incluso cuando los expertos hayan llegado a un consenso, dado que el derecho a las prestaciones sanitarias o, en concreto, a la asistencia sanitaria, es un derecho de configuración legal.

## PALABRAS CLAVE

Cartera de servicio, sostenibilidad, sistema nacional de salud.

**ABSTRACT**

The current Royal Decree 1030/2006 establishing the common benefits of the national health system (NHS) will have to adapt to a new reality, created by Royal Decree Law 16/2012 on urgent measures to ensure the sustainability of the National System health and improve the quality and safety of its services. NHS users have access to common services portfolio recognized in this royal decree provided that a health clinic for this indication in terms of effective equality, regardless of the availability or not a technique, technology or procedure in the geographic area in which they reside. Our constitutional system recognizes the right to health protection in Article 43 of the Spanish Constitution (CE) which requires public authorities to develop measures to ensure access (health). Services are covered mostly with public funding. The problem is the content limits of law, even when the experts have reached a consensus, as the right to health or performance, in particular, health care is a right of legal settings.

**KEY WORDS**

Common services portfolio, sustainability, national health system.

### **1. LA CARTERA DE SERVICIOS Y EL ALCANCE DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES SANITARIAS EN EL CONTEXTO ACTUAL.**

La cartera de servicios es el catálogo que pretenden dar respuesta a los problemas de salud y a las necesidades prioritarias de una sociedad y cuya intervención puede y debe realizarse en el ámbito de la asistencia sanitaria. Los servicios incluidos en la cartera representan el establecimiento y la consolidación de actividades fundamentales científicamente para la consecución de los objetivos en salud, por los que su seguimiento en cantidad y calidad es fundamental como medio de lo que el sistema sanitario puede aportar como variable a la consecución de la mejora en el nivel de salud. La idea de revisar la cartera de servicios es clave en el nuevo diseño de la sanidad pública. La modificación operada en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCC) en aquellos aspectos relativos a la asistencia sanitaria hace preciso que, garantizando la misma a la población, nos preguntemos si cabe mantener el statu quo en la protección y en la cobertura sanitaria, dentro de

la programática configuración legal del artículo 43 de la CE y del compromiso de los poderes públicos, trasladado en términos de derechos y obligaciones. Empero, el proceso de definición de una nueva cartera tendría que ser más democrático, no tecnocrático y, la decisión tiene que tener legitimidad.

El actual escenario económico incorpora al fondo del asunto el principio de “estabilidad presupuestaria” y de él se derivan consecuencias en relación a las políticas económicas y sociales que podrían desarrollar los Estados, próximas además a las diversas críticas doctrinales y políticas que se han puesto de manifiesto. Es decir, se habla de interiorizar la estabilización de la viabilidad económica del SNS, que dependerá en parte y entre otros de su capacidad de desechar prestaciones, procedimientos, tratamientos e intervenciones sin valor sanitario demostrable<sup>1</sup>. La consagración de tal principio sobre el estado social y democrático de derecho tal como reza el artículo 1 CE<sup>2</sup> está por determinar. Nuestro actual sistema de salud afronta un modelo que incorpora una redistribución específica y, sobre todo, compensar a aquellos sujetos que, por causas sociales o meramente accidentales, se convierten en víctimas del *dis-welfare*<sup>3</sup>, considerando el bienestar social como un valor de máximo relieve. Esta es una cuestión fundamental en cuanto se trata de delimitar el contenido de la asistencia sanitaria pública, en el que se argumenta la realización de un auténtico Estado social. La problemática de fijar dichos límites ha sido más grande cuanto más intensa es la crisis del Estado de bienestar. Además, la realidad “pone a prueba tres grandes fuerzas intrínsecas y condicionantes de cualquier sistema sanitario público: los avances científicos y técnicos, el crecimiento exponencial de la demanda causada (en primer lugar) por cualquier tipo de oferta gratuita junto con la aparición de una sociedad que

1 AGUIRE VERGARA, N., ET ALIA de “La crisis de la Sanidad Pública”, *Análisis prospectivo, Medical economics*, n° 180, 8 de mayo de 2013, p.29.

2 EMBID IRUJO, A., *La constitucionalización de la crisis económica*, Madrid, Iustel, 2012, p.83.

3 MONTORO ROMERO R., *Fundamentos Políticos de la Política social*, Universidad de Valladolid, “Los fundamentos teóricos de la Política Social”, en ALEMÁN, C. y GARCÉS, J. (coords.): *Política Social*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; pp. 33-50. Vid. GARCÍA PELAYO, M.: *Los transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1982., p.30 ss.. Para el autor: “Welfare, se refiere capitalmente a una dimensión de la política estatal, es decir, a las finalidades de bienestar social; es un concepto —afirma— mensurable en función de la distribución de las cifras de Presupuesto destinadas a los servicios sociales y de otros índices, Y los problemas que plantea, tales como sus costos, pueden ser también medidos cuantitativamente”.



alcanza cierto nivel de desarrollo y que considera a las prestaciones sanitarias un derecho adquirido sin límites y, por último, el problema demográfico que supone el aumento de la esperanza de vida<sup>4</sup>.

Ahora bien, la sostenibilidad del SNS y la mejora de la calidad y seguridad de sus prestaciones comprenden una serie de normas programáticas y de gestión en diversos ámbitos de actuación de las Administraciones públicas sanitarias encargadas de gestionar y financiar la prestación pública en sí misma. El compromiso que los poderes públicos tienen con la ciudadanía puede ser entendido mediante la complementación del estatus prestacional básico estatal, hasta el límite de mantener los niveles de protección, que opera ahora de forma más consciente, buscando los mayores niveles de transparencia que debemos asociar a la gestión pública.

Las políticas sociales se han enfrentado a lo largo de los últimos años a transformaciones importantes del entorno en el que operan. Estas transformaciones incluyen cambios institucionales y el análisis de la naturaleza, y características de los recursos empleados. La necesidad de controlar el gasto público y de racionalizar los recursos surge en un momento en el que además hay una creciente inadecuación entre la oferta y la demanda, que hace aconsejable la revisión de las políticas de salud y de los modelos de gestión sanitaria. Por otra parte, la “extensión de la asistencia sanitaria es una cuestión de política legislativa en la que, dadas las circunstancias actuales de crisis económica y de reorganización de medios y recursos, parece hacer necesario una racionalización del sistema además de la individualización de las diferentes situaciones que puedan darse”<sup>5</sup>.

El concepto de cartera de servicios se ha forjado tradicionalmente en el ámbito de la gestión sanitaria en cuánto listado de actividades que cada unidad o servicio de las estructuras del sistema sanitario ofertan a sus usuarios (así, se habla de la cartera de servicios de cada centro sanitario, de la cartera de servicios de atención primaria)<sup>6</sup>. El término cartera

de servicios fue adoptado como concepto normativo en la década de los noventa y sobre todo por la normativa autonómica de ordenación de las zonas básicas de salud de la atención primaria, en la autorización y homologación de los centros. Este término pasa a incluirse en las normas autonómicas generales de ordenación sanitaria en las que las comunidades autónomas (CCAA) reconocen su competencia para aprobar la cartera de servicios de los centros sanitarios del servicio de salud correspondiente.

Por tanto, su significado en la LCC viene obligado al juego de catálogo de prestaciones-cartera de servicios, mediante el que se trata de concretar el contenido positivo de las prestaciones sanitarias, tal como se había experimentado anteriormente para priorizar la financiación. El listado positivo, pormenorizando las técnicas y los procedimientos sanitarios incluidos, permite excluir aquellos que no se consideran, evitando asimismo la inclusión de técnicas y procedimientos por la vía de hecho por los propios profesionales cuando éstos los incorpora sin previa comunicación ni aprobación por las autoridades competentes.

## **2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.**

### **2.1. El catálogo de prestaciones.**

El contenido de este derecho se desarrolla, en primer lugar, en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) cuyo artículo 3.2 señala que el acceso y las prestaciones sanitarias se realizan en condiciones de igualdad efectiva, y que recoge en su artículo 18 las diferentes actuaciones sanitarias que han de desarrollar los servicios públicos de salud dentro del SNS.

Por su parte, la LCC en su Capítulo I articula a través del catálogo de prestaciones del SNS la garantía de las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención, definiendo las prestaciones de atención sanitaria del SNS los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos,

4 BACA BALDOMERO, E. “La crisis y las deficiencias del sistema” en Claves de razón práctica, n.º 226, 2012, pp.9-21.

5 GARCIA VICENTE, F., “Informe del Justicia de Aragón con motivo de la Queja –DI- 1186/2012-5”, en el que proceda a examinar el contenido del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones de 12 de julio de 2012.,

6 VIDA FERNÁNDEZ, J., “Las prestaciones del SNS: catálogo de prestaciones”. en PAREJO ALFONSO, L.,

PALOMAR OLMEDA, A., VAQUER CABALLERÍA, M., (coords), La reforma del Sistema Nacional de Salud., Madrid, Marcial Pons, 2004, p.62.

de rehabilitación y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos (art. 7). El catálogo comprende las prestaciones de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, prestación farmacéutica, ortoprotésica, productos dietéticos y transporte sanitario. El catálogo de prestaciones es el instrumento, al que se le asigna la función de concretar la garantía de las condiciones básicas y comunes en el ejercicio —en el Sistema Nacional de Salud— del derecho a la protección a la salud<sup>7</sup>. Se establece la definición, el modo y el contenido básico de las distintas modalidades en que se puede proporcionar la atención sanitaria<sup>8</sup>.

El contenido de las prestaciones sanitarias se establece, por lo tanto, a través de las carteras de servicios comunes, como se ha indicado, para cada una de ellas que incluyen el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiéndose por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias. La cartera de servicios comunes que se establece en esta norma pretende garantizar la equidad y la accesibilidad a una adecuada atención sanitaria en el Sistema Nacional de Salud, recogiendo los principios establecidos en la Constitución Española. Los servicios contenidos en dicha cartera no tienen la consideración de mínimos, sino de básicos y comunes, es decir, los fundamentales y necesarios para llevar a cabo una atención sanitaria adecuada, integral y continuada a todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud. Recoge las técnicas, tecnologías o procedimientos que en estos momentos facilitan todas las Comunidades Autónomas, de forma que pretende ser una imagen de la situación actual de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Asimismo, la cartera de servicios estatal actúa como elenco de servicios de oferta obligatoria por todas y cada una de las CCAA, con lo que se garantiza la homogeneidad de la atención sanitaria en todo el territorio nacional.

La cartera de servicios es, así, concebida como instrumento para la efectividad de las prestaciones previamente determinadas en el catálogo<sup>9</sup>. Dentro de las carteras de servicios se pueden distinguir la cartera

de servicios comunes para todo el SNS y las carteras de servicios complementarias que pueden aprobar las CCAA que incluirán, como mínimo, la cartera de servicios del SNS. El contenido de la cartera de servicios comunes del SNS se encuentra fijado en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que asimismo contiene las bases para su actualización cuyo procedimiento se define en la Orden SCO/3422/2007, de 21 de noviembre, de manera que su contenido pueda adecuarse a los avances tecnológicos y a las necesidades de la población cubierta por el SNS. Los Servicios de Salud que no puedan ofrecer alguno de los servicios contemplados en la cartera común en su ámbito geográfico establecerán los mecanismos necesarios para remitir al usuario que lo precise al centro donde le pueda ser facilitado, en coordinación con el Servicio de Salud que lo facilite. En los diferentes anexos se recogen las carteras de servicios comunes correspondientes a las prestaciones de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención de urgencia, prestación farmacéutica, ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario. Estas carteras, en función de sus propias características, se contemplan con diferente grado de desarrollo, previéndose la posibilidad de detallar posteriormente los aspectos que se considere conveniente mediante orden ministerial. Pero además del contenido de las prestaciones, la LCC regula las garantías sobre la manera en que deben ofertarse, entendiéndose que el reconocimiento de un derecho tiene el valor que le concede su garantía<sup>10</sup> (garantías sobre accesibilidad, movilidad, tiempo, información, seguridad, calidad y servicios de referencia).

Lo anterior no implica que la Administración sanitaria haya de cubrir todas y cada una de las prestaciones de modo gratuito. Se trata de garantizar, simplemente, que ante una enfermedad nadie quede sin asistencia médica que sea considerada esencial, o se vea abocado a la pobreza para pagarla, como dicen LÓPEZ I CASANOVAS, y ORTÚN RUBIO<sup>11</sup>. Esto no significa la inatacabilidad, o no, de las conquistas sociales ya existentes o, desde otro punto de vista, la posibilidad de “retroceder” en las mismas es una cuestión que se mueve fundamentalmente en el plano de lo político, pues como indica LÓPEZ MENUDO, no estimo que existan argumentos jurídicos de

7 PAREJO ALFONSO, L., La calidad al Servicio de la eficacia en el sistema Nacional de Salud”, en PAREJO ALFONSO, L., PALOMAR OLMEDA, A., VAQUER CABALLERÍA, M., (coords.), La reforma del Sistema Nacional de Salud., Madrid, Marcial Pons, 2004, p 242.

8 VIDAL FERNÁNDEZ, J. op.cit. p. 60.

9 PAREJO ALFONSO, L., op. cit. p 242

10 SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A., “La Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud: nuevo intento de coordinación”, Revista de Administración Sanitaria, 2007, Vol. 3, nº. 5, p.427-433.

11 LÓPEZ I CASANOVAS, G. Y ORTÚN RUBIO, V., Economía y salud. Fundamentos y Políticas, Madrid, Encuentros ediciones, 1998, p.39.

suficiente base como para impedir que lo decidido por Ley (o reglamento) en un determinado momento, no pueda ser afectado en otro momento por norma del mismo rango jerárquico, al menos<sup>12</sup>. La solución del problema es la concepción política que sobre la materia sustente quien ejerce la mayoría parlamentaria en cada momento.

El grado de detalle de los diferentes anexos es variable, llegando a un gran desarrollo en algunas prestaciones, como la ortoprotésica o la de productos dietéticos. En otros casos, como en atención primaria, atención de urgencias o transporte sanitario, se ha llegado en el anexo a un grado intermedio de desarrollo que supone un avance en su concreción respecto a la anterior regulación, el Real Decreto 63/1995.

En otras prestaciones, como la de atención especializada, se ha optado por una descripción genérica de los diferentes servicios, señalando las exclusiones y acotando algunas indicaciones, lo que permite clarificar si determinadas técnicas, tecnologías o procedimientos se hallan incluidos o no entre las prestaciones del SNS.

La salud pública se recoge por primera vez entre las prestaciones del SNS. Sin embargo, no se trata de nuevas actuaciones, sino de las que venían siendo aplicadas por el Sistema Nacional de Salud, como la prevención de enfermedades o deficiencias, o bien las asumidas desde hace tiempo por las administraciones sanitarias en función de sus competencias, modelos organizativos y recursos.

Por otro lado, los avances tecnológicos y las necesidades cambiantes de la población cubierta por el Sistema Nacional de Salud exigen una actualización continua de la cartera de servicios comunes, como he indicado. Cabe interpretar que estamos ante un criterio de reflexividad, en el sentido de modificación de las acciones propio del sistema. Ha de reconocerse, no obstante, que el actual desarrollo de los avances biotecnológicos ofrecen también una vertiente preocupante, dado que a menudo no tienen un conocimiento previo de las consecuencias, que su aplicación puede producir sobre la vida, la salud de los individuos y su efectividad en el sistema<sup>13</sup>. Empero,

la tecnología, no siempre es el problema, y no puede ignorarse que es la solución. No obstante, desde el campo de la ética hablamos de valores instrumentales o por referencia, meros valores, como la técnica, que están siempre al servicio de los llamados valores intrínsecos o valores en sí. Estos son aquellos que valen por sí mismos, que no están al servicio de otras cosas, (la salud, la vida)<sup>14</sup>. En referencia a la asistencia sanitaria intervienen siempre hechos y valores, y la relación clínica ha de concebirse como una relación de deliberación, en la que se identifiquen los hechos y se delibere sobre los valores.

### *2.1.1. El sistema de información y la cartera de servicios: su problemática.*

Si bien se contempla que en el Ministerio de Sanidad y Consumo existirá un sistema de información de cartera de servicios en el que se recogerá el contenido de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, así como el de las diferentes carteras complementarias de las Comunidades Autónomas y de las Mutualidades de Funcionarios, al que podrán tener acceso los Servicios de Salud, las Mutualidades, los profesionales y los usuarios; Finalmente, no quiero dejar de mencionar la Comisión de Prestaciones, Aseguramiento y Financiación, dependiente del Consejo Interterritorial, a través de la cual se pretende hacer efectiva la participación de las administraciones implicadas en la protección de la salud de la población española en la definición y actualización de las prestaciones y la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud. En esta Comisión, están representados los responsables de la cartera de servicios en el Ministerio de Sanidad, Comunidades Autónomas, Instituto de Gestión Sanitaria y Mutualidades de Funcionarios, así como otras unidades del Ministerio cuyas competencias tiene relación con las diferentes prestaciones ofertadas en la cartera de servicios.

En esta competencia, ha existido una fragmentación irremediable con la lesión consiguiente de valores básicos de cualquier sistema nacional de salud: la unidad del modelo y la equidad<sup>15</sup>. Además, como indica BACA BALDOMERO, es evidente que "hincar el análisis a fondo del problema desborda totalmente las posibilidades, dado que el sistema sanitario español carece de un sistema de información que permita manejar datos fiables que posibiliten comparar

12 LÓPEZ MENUDO F., "Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía", Administración de Andalucía: Revista andaluza de administración pública, n.º. 73, 2009, pp. 71-19.

13 MARCOS DEL CANO, A. M., "Derechos humanos. Biotecnología. Derechos humanos una compleja interacción circular" en MARCOS DEL CANO, A. M (coord.), Bioética y derechos humanos, Madrid, UNED, 2012, p.55 ss.

14 GRACIA GUILLEN, D., "Construyendo la salud", en Claves de razón práctica, n.º 226, 2012, pp. 42-51.

15 BACA BALDOMERO, E., op cit..pp.9-21.

la efectividad de los sistemas autonómicos en primer lugar, y de los dispositivos concretos de la red sanitaria en segundo<sup>16</sup>. Es difícil saber cuantos profesionales trabajan en un momento dado en un dispositivo concreto y desde luego falta una reafirmación de la contabilidad analítica que suponga cuánto y en qué se gasta el dinero de un centro sanitario, dado su ausencia o el escaso rigor por la fragmentación en compartimentos estancos. Para algunos autores, debería existir “una propuesta que pretenda ofrecer una alternativa a la disolución de los sistemas de protección social universales que se ha producido por la cesión de la gestión de los servicios públicos que forman parte del Estado de Bienestar a las CCAA sin mantenerse sobre los mimos ninguna garantía de control y cohesión por parte de la Administración General del Estado”<sup>17</sup>. Sin información no hay, no puede haber, medidas correctoras que serán siempre tomadas por la presión de la coyuntura<sup>18</sup>.

## 2.2 Categorización y modalidades de la cartera de servicios del Sistema nacional de salud.

El Capítulo segundo del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, a través de la modificación de la LCC, procede a articular la cartera común de servicios del SNS en torno a tres modalidades: básica, suplementaria y de servicios accesorios, delimitando en cada caso las prestaciones que incluye y su forma de financiación. Conforme a la categorización introducida, la cartera común básica comprende todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente, siendo cubiertos de forma completa por la financiación pública; la suplementaria incluye todas las prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria: prestaciones farmacéutica, ortoprotésica y con productos dietéticos, así como el transporte sanitario no urgente, estando sujetas a aportación por el usuario en los términos regulados para la prestación farmacéutica —que se verá más adelante— aunque sin aplicación de los límites

previstos para aquella<sup>19</sup>. En los servicios accesorios se recogen todas aquellas actividades, servicios o técnicas que no se consideran esenciales pero que ayudan a la mejora de una patología crónica, quedando sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario.

Asimismo, se establece que las Comunidades Autónomas podrán aprobar sus respectivas carteras de servicios debiendo incluir, cuando menos, la cartera común del SNS en las tres modalidades citadas, destinando los recursos necesarios para asegurar su efectividad, y pudiendo ampliarla con servicios complementarios, no incluidos en la financiación general de las prestaciones del Sistema, para cuya aprobación será preceptiva la garantía previa de suficiencia financiera en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria. El TC ya ha captado esta novedad cuando en su última jurisprudencia sobre la estabilidad presupuestaria derivada de la resolución de distintos recursos contra la vieja legislación ha recordado la modificación de la consagración constitucional del art. 135 y hablo, consiguientemente, de la consagración constitucional del principio de estabilidad presupuestaria<sup>20</sup>.

Por su parte, el citado Real Decreto-Ley, modifica el ar. 8 de la LCC de modo que se diferencia una cartera común suplementaria en la que se incluye, por ejemplo: la prestación ortoprotésica mediante dispensación ambulatoria. Asimismo, prevé que el porcentaje de aportación del usuario para esta cartera suplementaria se regirá por las mismas normas que regulan la prestación farmacéutica, tomando como base de cálculo para ello el precio final del producto y sin que se aplique el mismo límite de cuantía a esta aportación. De este modo, se diferencia en el contexto de una prestación la ortoprotésica, aquella que se proporciona a los asegurados de modo ambulatorio, que constituye parte de las prestaciones suplementarias sujetas a aportación del usuario, de la que se utiliza en centros sanitarios sin aportación del usuario, fundamentalmente implantes quirúrgicos.

No debemos dejar de lado que el Real Decreto 1506/2012, de 2 de noviembre, por el que se regula la cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica del Sistema Nacional de Salud y se fijan las bases para el establecimiento de los importes

16 BACA BALDOMERO, E., op. cit., p.21.

17 REY BIEL, P.; REY DEL CASTILLO, J., “La sanidad y el pacto fiscal catalán”, en Claves de razón práctica, n.º 226, 2012, pp.52-61.

18 BACA BALDOMERO, E., Las cuatro lógicas del sistema sanitario español: médico, enfermo tercer pagador e industria□, Claves de la razón práctica, 2006, pp. 42-47.

19 Vid. disp. adic. segunda RDL 16/2012

20 EMBID IRUJO, A., op cit., p.83. El autor comenta que la narración que ha llevado a cabo, se suma con la STC 157/2011, de 18 de octubre Fj 1º, tras citar la STC 134/2011 que es la que consagra los poderes del Estado en la defensa de este principio).

máximos de financiación en prestación ortoprotésica, contempla el establecimiento de importes máximos de financiación, para conseguir una mayor eficiencia y homogeneidad en la prestación. Parece como dice EMBID IRUJO, que existan unos límites económicos que respetar anualmente, que hacen posibles, o no, determinadas políticas, o el concreto nivel cuantitativo de gasto, que van a merecer determinadas políticas<sup>21</sup>.

Mediante el precitado real decreto se pretende hacer efectivas las previsiones recogidas en el mencionado Real Decreto-ley 16/2012, al fijar las bases para determinar un contenido de una prestación, ortoprotésica ambulatoria y, la correspondiente aportación de los usuarios, así como para el establecimiento de los importes máximos de financiación tanto en implantes quirúrgicos como en ortoprotésis externas, de acuerdo con lo previsto en el artículo. 124 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social<sup>22</sup>.

### *2.2.1. Categorización y Estado autonómico.*

La forma que adopta la ley para obligar en todas las CCAA a tener un único catálogo, pero a la vez a mantener su autonomía, es diferenciar entre catálogo de prestaciones y cartera de servicios. Lo que se refiere paralelamente a los cambios institucionales, las nuevas características de las demandas, junto con el destacado desarrollo tecnológico que se ha producido, tanto en el ámbito de la práctica médica como en el de la gestión sanitaria, que han rellenado la definición de los servicios prestados y la forma en que se prestan. Estamos ante el hecho de que la demanda de satisfacción de necesidades asistenciales ha adquirido carta de legitimidad. El catálogo es un derecho del ciudadano, mientras que la cartera es una fórmula de organización de servicios<sup>23</sup>.

21 EMBID IRUJO, A., op. cit, p. 84 ss..

22 Para ello, se considera necesario crear la Oferta de productos, como ha sido el acaso de los ortoprotésicos, susceptibles de financiación por el Sistema Nacional de Salud y establecer los criterios para la inclusión de los productos en dicha Oferta. Todo ello con el objetivo de proporcionar una prestación más racional a los usuarios del Sistema Nacional de Salud. Lo que se plantea no es una cuestión de negación de políticas (sociales) sino un problema de elección de medios instrumentos y, obviamente, objetivos con el presupuesto.

23 BOHIGAS SANTASAGNA. LL., "Cartera de servicios ofertados y equidad de prestaciones en el Sistema nacional de Salud", Revista d Administració Sanitaria, 2007, Vol. 5 n° 3, pp. 451-458.

El artículo 8 de la LCC afirma que la cartera de servicios es la que hace efectiva el catálogo de prestaciones sanitarias del SNS, en cuanto son el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos (cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, conforme al artículo 20 de la LCC) en las que se concretan las prestaciones incluidas en el catálogo. El contenido de las carteras de servicios del SNS es la garantía de realización efectiva de las prestaciones dispuestas en el catálogo de prestaciones del SNS, por lo que es contenido básico indisponible para las CCAA, que pueden aprobar su propia cartera de servicios, pero con el contenido mínima de aquella (artículo 20 de la LCC), y su eficacia se extiende a las prestaciones sanitarias facilitadas por las entidades de provisión de servicios sanitarios, que deberán garantizar su contenido, así como las garantías sobre la accesibilidad, movilidad, calidad, seguridad, información y tiempo (Disposición adicional cuarta de la LCC).

No obstante, parece que la cartera de servicios y su categorización de servicios impone una mención específica de la igualdad al tratar la salud; esto tiene importancia desde el momento que el Estado autonómico lleva en principio, y de forma natural, a la diferencia. De ahí que debemos plantearnos en que medida la igualdad en la salud precisa de otros preceptos constitucionales que entienda asumida por la Constitución. En este sentido, el art. 139.1 (Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del estado) parece dar apoyo a una interpretación pro igualdad, si bien el TC ya ha matizado que igualdad no es uniformidad y puede parecer que esta materia en que el propio art. 53.3 de la CE, como he indicado, no predetermina el alcance en concreto de un derecho como es el reconocido en el art. 43. Sin embargo, como dice DE LA QUADRA SALCEDO, no resulta fácil vincular la igualdad de derechos del art. 139.1 con su contenido mínimo de un derecho social, que no se fija en el Título I de la CE<sup>24</sup>.

Como se acaba de constatar, la Administración sanitaria ha venido implementando diversas prestaciones complementarias y determinadas garantías respecto de las prestaciones que ofrece el sistema sanitario. No obstante, ha de insistirse en que el conjunto de prestaciones sanitarias y de sus garantías,

24 QUADRA SALCEDO, T., "Igualdad, derechos de los pacientes y cohesión del sistema Nacional de Salud", en PAREJO ALFONSO, L., PALOMAR OLMEDA, A., VAQUER CABALLERÍA, M., (coords.), La reforma del Sistema Nacional de Salud., Madrid, Marcial Pons, p. 13 ss.

disperso en multitud de normas de distinto rango, algunas de ellas con bastante antigüedad (doce, quince años, y más) y, por lo tanto, acomodadas a los parámetros asistenciales del momento, está muy lejos de poder entenderse formalmente como un “Catálogo de Prestaciones sanitarias” y una “Cartera de Servicios”. Se trata de un conjunto de textos normativos sectorializado y disperso referido a diferentes ámbitos materiales concretos, carente de una regulación general que establezca un marco común y aglutinador. De ahí que la interpretación y aplicación de ese complejo y abigarrado conjunto normativo, tanto por el propio ciudadano receptor de las prestaciones, como por los órganos administrativos que lo han de operar, no es nada fácil desde el punto de vista técnico-jurídico, ya que muchas de las normas, que abordan similares ámbitos, se solapan y se confunden, sin que sea fácil determinar en qué medida se complementan o, por el contrario, se sustituyen con las correspondientes derogaciones tácitas.

Por último, no quiero dejar de mencionar el aumento de cartera de servicios, que tuvo lugar, en diferentes CCAA sin consenso previo en el Consejo Interterritorial de Salud. De nuevo en épocas de *superavit* económico en las administraciones públicas se procedió por parte de muchas CCAA a mejorar y ampliar sus carteras de servicios en muchas ocasiones para obtener ventajas políticas y sociales, pero sin que dichas ampliaciones de carteras de servicios hayan sido refrendadas para todo el SNS, lo que ha producido cierta fragmentación de las prestaciones sanitarias, siendo muchas distintas según las CCAA.; algunas en temas importantes como puede ser el calendario vacunal y las vacunas incluidas en el mismo.

No obstante, los decretos de desarrollo de las diversas comunidades autónomas detallan y facilitan los criterios que rigen la acción política y gestora de la oferta sanitaria en los servicios de salud autonómicos, y que pueden resumirse en los siguientes principios de *lege ferenda*: 1. señalar una oferta sanitaria permanentemente actualizada con las innovaciones y avances tecnológicos que se producen en el campo de la salud, en la que se incluyan todos aquellos servicios en los que se haya demostrado su eficacia, efectividad y seguridad; 2. disponer de una oferta de servicios que satisfaga las nuevas demandas y necesidades de salud de los ciudadanos y que sea acorde con el desarrollo social, cultural y económico de la comunidad autónoma; 3. clarificar y ordenar la oferta de servicios de forma coherente y consecuente con las características territoriales y demográficas de la comunidad, al objeto de garantizar la equidad y

accesibilidad de los servicios y la atención sanitaria más adecuada a los grupos de población con mayor riesgo respecto al mantenimiento de su salud; 4. intervenir en la calidad de una oferta sanitaria prestada por profesionales cualificados, poniendo a su disposición las tecnologías y procedimientos que faciliten su desarrollo profesional, su formación continuada y el desarrollo de sus capacidades y conocimientos; 5. procurar facilitando, en todos los ámbitos de decisión, la participación y corresponsabilidad de ciudadanos y profesionales, al objeto de que la oferta de servicios sanitarios sea acorde con sus necesidades y aspiraciones; 6. dotar de un procedimiento para la autorización y actualización de la cartera de servicios sanitarios lo suficientemente ágil para evitar que la intervención pública constituya un barrera que dificulte que los usuarios se beneficien de los avances científicos y tecnológicos; 7. garantizar que ninguna nueva actividad, procedimiento, técnica o tecnología relevante se generalice en el sistema de salud de una comunidades autónoma sin una previa evaluación de su efectividad y seguridad por parte de órganos de evaluación de tecnologías sanitarias<sup>25</sup>. Empero, habría que añadir que las CCAA establecerán los recursos financieros adicionales necesarios. En todo caso, estos servicios complementarios, que deberán reunir los mismos requisitos establecidos para la inclusión en la Cartera de servicios comunes, no estarán incluidos en la financiación general de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, como he indicado anteriormente.

En consecuencia, cualquier mandato estatal establecido en el marco de una legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.16<sup>a</sup> CE, que atribuye al Estado las bases en materia de sanidad para asegurar el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional para el disfrute de las prestaciones sanitarias, no es más que un instrumento del Sistema Nacional de Salud que no contradice ninguna de las previsiones competenciales y se inscribe en el deber de mutua colaboración entre Administraciones, que se expresa en el mismo. Las propuestas e iniciativas autonómicas no puede influir de ningún modo negativo sobre el devenir ordinario que tenga establecida la aplicación de la normativa correspondiente del Sistema Nacional de Salud, ni por supuesto *deben influir sobre el mantenimiento escrupuloso de las garantías de equidad e igualdad efectiva en el acceso a la prestación en*

<sup>25</sup>Vid. Decreto 65/2007, de 8 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la cartera de servicios sanitarios del Sistema de Salud de Aragón

todo el Sistema Nacional de Salud<sup>26</sup>. Por otra parte, es también una finalidad de la legislación autonómica en esta materia, profundizar en un desarrollo del ordenamiento básico que permita en una comunidad autónoma consolidar sus propias directrices de política sanitaria. A tal fin, y siempre desde el respeto al principio de legalidad y a los objetivos y principios sobre racionalización del gasto público, que he analizado, y que ha transmitido la normativa básica estatal, pudiendo extender, a mi juicio, el compromiso con la ciudadanía mediante la complementación del estatus prestacional básico estatal, hasta el límite de mantener los niveles de protección acordados socialmente.

### 3. CONFIGURACIÓN DE LA CARTERA DE SERVICIOS.

#### 3.1. Los contenidos

El reconocimiento directo de derechos en el Capítulo III del Título I CE, aunque no comporte

---

26 DECRETO 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 24 de julio actual, ha acordado admitir a trámite el conflicto positivo de competencia n.º 4540/2012, promovido por el Gobierno de la Nación contra el Decreto 114/2012, de 26 de junio y, concretamente, contra los arts. 1; 2, apartados 2 y 3; 3; 4; 5; 6, apartados 1 y 2; 7, apartados 2 y 3; 8, apartados 1 y 2, y disposición final primera. Y se hace constar que por el Gobierno se ha invocado el art. 161.2 de la Constitución, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación del Decreto impugnado, desde la fecha de interposición del conflicto 20 de julio de 2012 («B.O.E.» 1 agosto). Téngase en cuenta que por Auto de 13 de diciembre del Tribunal Constitucional (Pleno) se ha levantado la suspensión de la vigencia de los arts. 1, 2 (2 y 3), 3, 4, 5, 6 (1 y 2), 7 (2 y 3) —en el sentido de lo dispuesto en el FJ 6 in fine—, y disposición final primera del presente Decreto 114/2012, de 26 de junio. No obstante se mantiene la suspensión de la vigencia del art. 8 apartados 1 y 2. No obstante, esta suspensión finalizó el 12 de diciembre de 2012 con el Auto 239/2012. En el mencionado Auto, el TC realiza una ponderación de cara a resolver si procede levantar la suspensión del Decreto 114/2012 y sopesa, de una parte, *el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud*, y de otra, *el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el artículo 43 de la CE* (FJ 5). El Alto Tribunal reconoce que el mantenimiento de la suspensión del Decreto 114/2012 supondría limitar el derecho al acceso a la salud para colectivos vulnerables *por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias* y sostiene que el derecho a la salud y a la integridad física de las personas afectadas, así como “la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad”, son de gran importancia en el marco constitucional, y prevalecen *ante la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado* ( ) (FJ 5).

declaración de contenido preciso alguno, como es el art. 43, a mi juicio, es clarificador, dado que representa un límite a la acción del legislador. Este límite es sin duda de contornos imprecisos, en tanto dependientes éstos de la interpretación de principios directrices constitucionales para la determinación por la legislación ordinaria de aquel contenido. Pero activa en todo caso, en términos absolutamente imperativos, cuando la legislación pretenda una dilución tal del régimen establecido que implique el vaciamiento incluso del simple reconocimiento constitucional del correspondiente derecho.

El contenido de la cartera de servicios es, por tanto, el *quantum* prestacional del sistema. Por ello, debe contener, como mínimo, el Catálogo de Prestaciones y la Cartera de Servicios comunes y, además, debe describir las prestaciones complementarias ya establecidas y que convenga establecer, así como las técnicas y procedimientos para hacerlas efectivas. El contenido debe ajustarse al nivel clínico-asistencial existente en el momento de su elaboración en términos de investigación, recursos tecnológicos, económicos, etcétera.

Se trata, no tanto de incorporar nuevas prestaciones, como de la consolidación, ampliación y mejora de las prestaciones ya existentes, mediante inclusión de nuevas técnicas, tecnologías y procedimientos, y exclusión de las obsoletas. En este sentido, debe fijar, como he indicado, las bases del procedimiento para la continuada actualización de la Cartera de Servicios, facilitando la incorporación de nuevos servicios que, como consecuencia de la innovación y la investigación, vayan produciéndose en el ámbito de la atención sanitaria, así como la supresión, sistemática para la exclusión de una técnica, tecnología o procedimiento de la cartera de servicios comunes, cuando concurra ciertas circunstancias

#### 3.2. Necesidad de su determinación

El hecho de que la salud deba ser un objetivo programático tangible no significa que no se deriven obligaciones inmediatas para el Estado. Por todo lo expuesto, podemos señalar que la ordenación de las prestaciones se fundamenta en la necesidad de la determinación y de la configuración legal de los contenidos del derecho a la salud, que aparece de forma compleja. En el contenido se encuentran involucradas las siguientes cuestiones; a) una concepción de la persona, en tanto destinatario de la acción de los poderes públicos, vinculada a una concepción de los

derechos fundamentales, que, por tanto involucra una técnica de garantía de los derechos humanos traducida en una técnica de regulación de los bienes, ya también en una integración social; b) una estructura social dentro de la cual se reconozca las peculiaridades que permitan identificar la problemática de salud y, dentro de ellas, las peculiaridades que entraña la estructuración de un sistema de derechos y poder, propios de un contexto determinado; c) una estructura económica a partir de la cual puedan discutirse las racionalidades del gasto público de la participación privada en la gestión de la salud pública y de los mercados de servicio de salud; d) por último, una estructura política inscrita dentro de un modelo de estado en el cuál tenga lugar las diversas relaciones de salud. A lo que se agrega la complejidad proveniente del mayor o menor grado de internacionalización del ordenamiento<sup>27</sup>.

### 3.3. Su naturaleza.

La cartera de servicios surge como un derecho público subjetivo dada la posibilidad de su exigibilidad. Se evidencia para ciertos autores dentro de un derecho fundamental “prestacional”. Ello, principalmente, implica y conlleva una serie de obligaciones positiva (de hacer) por parte de los poderes públicos. Así, la primera pregunta sería: ¿a quién obliga el derecho a la salud, sólo a los poderes públicos? La naturaleza de los derechos sociales nos muestran como relevante un tema que de alguna manera se ha señalado tangencialmente: la responsabilidad de los terceros en el esquema de los derechos sociales. Ya PECES BARBA señalaba que los particulares pueden estar a cargo de la prestación de un derecho social<sup>28</sup>. También es de resaltar que los derechos sociales gozan de una “doble cara” porque se hacen valer tanto hacia los poderes públicos como en las relaciones entre particulares<sup>29</sup>. Lo que hay detrás de estas

argumentaciones es el rasgo de que los derechos sociales no se reducen a una simple obligación del Estado, sino también que involucra a los particulares. Por un lado, el derecho a la salud podría caracterizarse por establecer algún tipo de regulación, sin la cual el ejercicio de un derecho no tiene sentido.

Ahora bien, la respuesta a su naturaleza puede ser resuelta desde diferentes fórmulas doctrinales: de un lado, la posición negadora del carácter de verdaderas normas jurídicas para los derechos sociales, y, por tanto, justificadora de una falta de protección jurisdiccional; y de otro lado, la posición que reconoce carácter normativo a los derechos sociales y por tanto exige su defensa y protección judicial. En otras palabras, se trata de reconocer que los derechos sociales gozan de tutela, pero no de la forma como lo tienen los derechos civiles. En realidad los derechos sociales se encuentran en un período de transición<sup>30</sup>. En este estudio, el cuestionamiento de si es posible destacar el carácter normativo y no descriptivo del derecho a la salud con la consiguiente implicación entre el derecho y sus garantías, podemos partir del razonamiento de la definición de los derechos como expectativas positivas y negativas de prestaciones o de no lesiones, es decir, de modalidades imperativas (obligaciones y prohibiciones: garantías primarias de los derechos), y se desarrolla con las tesis de que una expectativas y otras modalidades imperativas, en el plano teórico, se implican respectivamente, que son dos caras de la misma moneda, es decir, que las prohibiciones y las obligaciones correspondientes a los derechos son deducibles de la enunciación de estos últimos<sup>31</sup>. La propuesta de redefinición del concepto de derecho subjetivo planteada por FERRAJOLI, se inspira precisamente, en la exigencia de resolver este tipo de problema. Para tal redefinición, utilizamos el término expectativa, por otro lado, ya identificado como equivalente a “pretensión”, en su definición; si bien la noción de expectativa tiene un alcance mucho más vasto<sup>32</sup>. En su sentido más habitual, expectativa es la previsión de lo que verosíblemente puede ocurrir; es decir, relacionado con la redefinición de derecho subjetivo, el término adquiere un específica

27 OMS, Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas, El derecho de la salud, folleto nº 31, Geneve, Junio, pp. 33-37. Vid también, MARTIN MARTÍN, “Nuevas fórmulas de gestión en las organizaciones sanitarias”. Fundación Alternativas. Documento de Trabajo nº14. 2003. Vid. PEMAN GAVIN, J.: “Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios”, en la obra colectiva Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes, junio de 1996. Ed. Civitas, Madrid 1996, pp. 297.

28 PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, Escritos de Filosofía Jurídica y Política, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n.º 11, 1999. Madrid, Dykinson, pp.20 ss.

29 CASCAJO CASTRO, J. L., *La Tutela Constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1988, pp.58 ss.

30 RUIZ MIGUEL, A., “Derechos liberales y derechos sociales”, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vol. 2 n.ºs. 15-16, 1994, pp. 670-671.

31 En este sentido, CASTRO CID, B., (vid. *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, León, Servicio de publicaciones Universidad de León, 1993, pp. 74- 101)

32 FERRAJOLI, L., “Expectativas y garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho”, Doxa, nº 20, 1997, pp. 226 ss.



acepción normativa: en el ámbito y a partir de un cierto ordenamiento normativo, el derecho de un sujeto no es otra cosa que una expectativa de no sufrir lesiones o de tener algunas prestaciones, a cargo de otro sujeto, relativas a un interés del primero. Naturalmente, la expectativa del derecho puede no coincidir con la lo que pueda ocurrir, resulta prácticamente inevitable una falta de correspondencia entre las dos. La amplitud de la divergencia entre los dos tipos de expectativas mide el grado de eficacia del derecho.

Ello significa que configurar sin más la cartera de servicios dentro del derecho a la salud no basta. Los derechos exigen garantías idóneas, que deben ser establecidas y hechas valer eficazmente por el mismo ordenamiento que atribuye los derechos. Desde este punto de vista, la existencia de “derechos sin garantías” parece una especie de aporía dentro de un ordenamiento, que, por un lado, crea, expectativas normativa, y por otro lado, las ignora (o no las satisface adecuadamente). Pero el derecho a la salud, incluso entendido sin garantías, no puede ser considerado inexistente, existe en cuanto aparece establecido (o predispuesto, como es el caso actual), por una norma positiva, los derechos “de papel” no son no derechos, sino que es tarea de la teoría identificarlos, y proponer la solución a las aporías en que consisten<sup>33</sup>. La pregunta que surge es la siguiente: ¿es la cartera de servicios una solución al problema de fijar y garantizar su contenido?

A mi juicio, dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales hay notables avances sobre la tutela judicial efectiva de los derechos sociales. Tampoco es ajeno a este proceso el ámbito internacional en el que si bien se reconoce los limitados recursos con que cuentan los Estados para cumplir sus obligaciones, esto no es óbice para excusar la tutela que ejercen los órganos de control internacional<sup>34</sup>. Un

---

33 BOVERO, M., en “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”, en FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, 2005, pp. 226-227.

34 ORGANIZACIÓN DE LA NACIONES UNIDAS, ONU, “Instrumento internacional de derechos humanos”, Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, GE.04-41305(S) 010604, 070604, HRI/GEN/1/Rev.7 12 de mayo de 2004, p.8-183. A modo de ejemplo podemos mencionar el pronunciamiento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas sobre el tema: “el Comité reconoce que los programas de ajuste son muchas veces inevitables y que a menudo suponen un elemento importante de austeridad. Ahora bien, en tales circunstancias, los esfuerzos por proteger los derechos económicos, sociales y culturales más fundamentales adquieren una urgencia mayor, no menor”

balance sobre el tema de la tutela de los derechos sociales nos lleva admitir que tienen dificultades para su cumplimiento, pero que hay evidencias claras – tanto en los ordenamientos internos como internacionales– que este proceso se viene revertiendo a favor de su cabal ejercicio.

### 3.4. El rango.

GARCÍA DE ENTERRÍA afirma que “... todos los sujetos públicos o privados, en cuanto vinculados a la Constitución y llamados a su aplicación, deben aplicar la totalidad de sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa, y otros meramente programáticos, que carecerían de valor normativo... (–ya que si bien–) no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativas... todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas... sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación... es un reconocimiento preciso de que los principios constitucionales... son algo más que meras normas –programáticas–, en el sentido tradicional que les negaba toda aplicación judicial”<sup>35</sup>. Sin embargo, habría que tener en cuenta que el derecho a la protección de la salud, ubicado en el Capítulo III (De los principios rectores de la política social y económica), no se configura estrictamente en la CE como un derecho subjetivo en el mismo sentido que es predicable de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del mismo título. Se está, más bien y como su ubicación indica, ante un principio rector que comporta un mandato vinculante a los poderes públicos. En consecuencia, “no es irrazonable sostener –como se hace en el preámbulo del Real Decreto-ley 16/2012– que la materia sobre la que versa pueda regularse mediante Real Decreto-ley, siempre que se den los presupuestos habilitantes, porque el derecho a la protección de la salud no constituye, en sentido estricto, un derecho subjetivo constitucional con el significado establecido en el artículo 86 CE de límite material a esta clase de normas de urgencia”<sup>36</sup>. En el desarrollo del derecho, como es la cartera de servicios, estamos

---

35 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2006, pp. 68-69.

36 Informe del Letrado Mayor C. Foral de Navarra en relación con el emitido el día 8 de junio de 2012, sobre si el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, respeta las competencias de la Comunidad Foral de Navarra en materia de sanidad, solicitado por Acuerdo de la Junta de Portavoces de 2 de mayo de 2012

ante instrumentos de corte jurídico más convencional (reglamentario), dirigido, como dice PAREJO ALFONSO, a la concreción funcional del SNS como tal y, por tanto, del estatus ciudadano<sup>37</sup>. El artículo 8 de la LCC preceptúa que las prestaciones sanitarias del catálogo se harán efectivas mediante la cartera de servicios comunes que, según prevé el artículo 20, se acordará en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y se aprobará mediante *real decreto, teniendo en cuenta en su elaboración la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo, las necesidades sociales, y su impacto económico y organizativo*.

#### 4. EL PROBLEMA DE LOS RECURSOS Y LA CARTERA DE SERVICIOS.

Otra cuestión sería si el derecho a la salud como derecho social está condicionado a los recursos con que cuenten los Estados para su implementación, mientras que los derechos civiles no enfrentan esta dificultad. Los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran condicionados a los recursos económicos que cuente el Estado para lograr su implementación. Cuando esos recursos abundan no hay riesgos para su cumplimiento; en cambio la escasez de recursos imposibilita materialmente el goce de los derechos sociales. Esta crítica a los derechos sociales tienen dos aspectos relevantes: por un lado, resalta la estrecha relación entre recursos económicos del Estado y goce de los derechos sociales; y, por otro lado, los costos que suponen poner en funcionamiento, aplicar métodos, medidas, etc., para llevar algo a cabo los derechos sociales, la cartera de servicios sería, entonces, lo financiado. Asimismo, se postula que los derechos civiles no se encuentran condicionados a los recursos económicos del Estado para su goce y que no representan grandes costos la garantía de estos derechos. Hay que exponer claramente lo condicionable de los recursos para los derechos sociales: “reconocen y proclaman derechos cuya efectividad está subordinada al quehacer económico, hacen que venga a nuestra consideración, no la raigambre jurídica del derecho reconocido, la cual para mí está fuera de duda, sino la efectividad real del mismo, conscientes de que la dudosa eficacia de un derecho a la salud, no se salda con el reconocimiento de una prestación, aunque éste fuera de alcance universal. Por otro lado, nos resulta difícil circunscribirnos al

ámbito de la abstracción de los derechos naturales, enraizados en la Ley natural, cuando de suyo el texto jurídico, las normas que reconocen las prestaciones, a lo largo de su articulado pretende positivizar aquellos que para algunos podría haber sido una simple abstracción conceptual más propia de la escolástica que de los momentos presentes”<sup>38</sup>.

Además, la reforma del artículo 135 de la CE, de 27 de septiembre de 2011, ha supuesto una profunda modificación de este precepto, el cual se encuadra en el Título VII relativo a las materias de *Economía y Hacienda*. Esta supone articular con detalle el principio de estabilidad presupuestaria, introduce una serie de principios a continuación de este, que permiten crear un marco coherente y completo. Estos principios son: el de sostenibilidad financiera; eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos; responsabilidad y lealtad institucional.

De esta forma, resulta innegable la dependencia de los derechos sociales de los recursos económicos con los que cuente el Estado para su implementación<sup>39</sup>. Sin embargo, es apresurado establecer como argumento para el incumplimiento de los derechos sociales la ausencia de recursos económicos. En este contexto, un “derecho cuyo reconocimiento y cuya efectiva protección son reenviados sine die y confiados a la voluntad de los sujetos cuya obligación de realizar el programa es solamente una obligación moral o, cuanto máximo, política ¿pueden llamarse correctamente derechos?”<sup>40</sup> Para ello, señalamos una serie de argumentos: “cabe preguntarse si el Estado puede ser exonerado del cumplimiento de sus obligaciones –ya sea de acción o de abstención– en la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales a causa de la existencia de recursos limitados. Una lectura desprevénida del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Culturales y Sociales (PIDESC) podría sugerir que la satisfacción de estos derechos está condicionada a la disponibilidad

38 RAGA, T., “Efectividad de los derechos económicos y sociales”, en *Derechos y Libertades*, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Año III, nº 6, Febrero 1998, p. 194.

El autor comenta que ello lleva a una fundamental preocupación por consolidar y crear grandes sistemas sin contradicción interna.

39 BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 122 ss. Para el autor es todavía más importante y vastísima la tarea de los sociólogos del Derecho en lo que se refiere a otro tema fundamental, la aplicación de las normas jurídicas, o sea, el fenómeno que es cada vez más estudiado con el nombre intraducible de implementación.

40 BOBBIO, N., op. cit. p. 123.

37 PAREJO ALFONSO, L., op cit p. 242

de recursos. Sin embargo, el mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha sostenido que “para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas por falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para satisfacer, con carácter prioritario, estas obligaciones mínimas”. Además, no basta con que los estados demuestren la existencia de recursos limitados; tienen que evidenciar un uso eficaz, equitativo y oportuno de esos recursos. Por otra parte, aún en aquellos casos en los que el Estado evidencia una inequívoca limitación de recursos, ello no agota las posibilidades de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que éstos pueden ser cubiertos mediante programas desarrollados a través de la cooperación y la asistencia internacional. “Las obligaciones de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales corresponden, por tanto, a los Estados, considerados estos individualmente, y en el conjunto integrado por la comunidad de las naciones. En este segundo grupo deben incluirse los organismos multilaterales de los sistemas internacional y regional”<sup>41</sup>.

En cuanto al tema de los costos de los derechos sociales que imposibilitan su implementación para la salud, enfatizo la debilidad de esa argumentación porque “el recorte jurídico-estructural de un derecho no puede ni debe confundirse con la cuestión de su financiación. Si estas dos dimensiones fuesen indisolubles, entonces no se comprendería que ciertos derechos –como los derechos de acceso a los tribunales y de acceso al derecho– pudiesen ser considerados tranquilamente derechos directamente aplicables cuando, sin embargo, dependen de prestaciones estatales (tribunales, procesos, etc.). (...)”. La “reserva de las arcas del Estado” supone problemas de financiación pero no implica el grado cero de vinculación jurídica de los preceptos que consagran los derechos fundamentales sociales”<sup>42</sup>. En esa misma línea

41 BOLIVAR, L., “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: el papel de la sociedad civil”, en Memoria I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, pp.57-58.

42 GOMES CANOTILHO, J.J., Teoría de la constitución, Bartolomé de la Casas, nº 31, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 40 ss... Para el autor el planteamiento de nuevos tópicos ha servido, como fácilmente se deducirá, para destacar la permanente fragmentariedad, incompletud y apertura de los temas y problemas de la Constitución. Vid. del mismo autor: “Metodología Fuzzy y Camaleones normativos, en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Derechos y libertades Madrid, Universidad Politécnica, año III, 1998, febrero nº 6, p. 45.

argumental la satisfacción de los derechos sociales no depende de la disponibilidad de recursos, sino más bien de la asignación de los recursos disponibles<sup>43</sup>. A lo dicho cabe agregar la complejidad técnica específica de la salud, lo que determina que sobre esta materia de nociones y relaciones técnica sociales y económica y, finalmente, jurídicas, se atiende una problemática que requiere para su comprensión, de ciertas nociones básicas. Una de ellas, sería admitir el derecho a la salud, como un concepto, más amplio que el derecho a la protección a la salud, como obligación que tiene el Estado de desarrollar acciones positivas tendentes justamente a proteger la salud o repararla cuando ha sido afectada.

Finalmente, hay pasos relevantes en el plano internacional como es Protocolo Adicional al PIDESC<sup>44</sup> que establezca un procedimiento de examen por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, otorgándole competencia para comunicaciones o reclamaciones presentadas por los Estados y los particulares sobre violaciones a los derechos sociales. Se ha admitido progresivamente que el PIDESC no sólo obliga a los Estados a dar realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales dentro de los límites derivados de los recursos disponibles sino que impone obligaciones de efecto inmediato. En una reclamación individual se podría verificar si un Estado cumple o no esas obligaciones, las cuales serían “justiciables”<sup>45</sup>.

Por último, la diversidad de técnicas de garantía para el desarrollo del modelo de derecho social pone su acento, según los diferentes autores, en la garantía institucional, la garantía jurisdiccional o la garantía social, mediante la movilización constante de los

43 CARAZO, R. A., “Los derechos económicos, sociales y culturales”, en Memoria I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p.190.

44 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU, Pacto adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

45 MARIÑO, F. M., “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de las Naciones Unidas, Revista de Derechos y Libertades, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Año III, Febrero, nº6, 1998, p. 94. Vid el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (OP-CRPD, por su sigla en inglés) es una parte de acuerdo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Fue adoptado el 13 de diciembre de 2006, y entró en vigor al mismo tiempo que su padre Convención el 3 de mayo de 2008. En diciembre 2012, tienen 91 signatarios y 76 partes

individuos y los grupos portadores de estos intereses y valores. La garantía institucional, cuando el reconocimiento jurídico de un derecho social se entiende como un mandato dirigido por el poder constituyente al legislativo y la administración para que actúe positivamente. Según LORA, para el caso de vulneración a la protección de la salud cabría reprochar al legislador y a la administración el que no proporcionen cobertura sanitaria a todos los ciudadanos<sup>46</sup>. En ello, consistiría, por tanto, el derecho que nos ocupa: en un mandato o desafío lanzado a los poderes públicos para que se pongan manos a la obra y organicen la asistencia sanitaria.

Sin embargo, la CE no reconoce un derecho a las prestaciones sanitarias, ya que en el propio artículo 43.2 CE se establece un mandato a los poderes públicos para que organicen y tutelen la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios que sean necesarios. Esto significa que el derecho a las prestaciones sanitarias es un derecho de configuración legal, como ocurre con todos los derechos de carácter prestacional reconocidos en la Constitución.

Estas consideraciones deben tenerse en cuenta en el actual marco para enfrentar con amplitud de miras una de las consecuencias que en las situaciones de crisis se producen cuando se adoptan decisiones de mantener o, incluso, incrementar el ámbito de los derechos sociales: el endeudamiento<sup>47</sup>. Y ello, pues, es evidente que casi con generalidad, la traducción de los derechos económicos y sociales tiene necesariamente un contenido económico, de gasto público, lo que en situaciones de crisis desemboca usualmente en el necesario endeudamiento de los poderes públicos, pues los recursos económicos ordinarios no suelen alcanzar, en esos momentos, a cubrir enteramente las decisiones de gasto adoptadas.

Hoy en día no es desdeñable la vieja idea de que el presupuesto sanitario (como el conjunto de los presupuestos de las administraciones sanitarias) tiene un límite y por tanto tiene que ser distribuido de una manera racional y justa. El problema es que cuando se plantean las prestaciones sanitarias y la cartera de

servicios “*surgen de inmediato valores legales y valores económicos que no siempre coinciden con los clínicos*”<sup>48</sup>. Por tanto, esta norma recogida expresa, a mi juicio, que el objeto radica actualmente en afirmar que la eficacia y la eficiencia de estas prestaciones no deben medirse por el alcance de la protección, sino porque tales prestaciones sean disfrutadas por sus legítimos destinatarios y no por otros. Como toda norma sanitaria debe tener en cuenta, nuestro marco jurídico de referencia parte del artículo 43 de la Constitución, que reconoce el derecho a la protección de la salud y que confiere a la posterior y programática configuración legal del mismo la respuesta que tal compromiso de los poderes públicos traslada en términos de derechos y obligaciones. De tan importante misión se ha ocupado el ordenamiento estatal desde la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, así como la normativa autonómica.

Tampoco se extiende a la posibilidad de exigir y obtener una asistencia sanitaria conforme a las técnicas más avanzadas (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 28 de junio de 2004 -JUR 1974), ni incluye las que no están disponibles en el Sistema Nacional de Salud, ello aunque las dispongan otros países más avanzados (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 -RJ 3183-). No obstante, preciso es tener presente la Sentencia de 12 de julio de 2001 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por la que se admite el tratamiento en otro Estado miembro de la Unión Europea si el sistema sanitario público del Estado de origen no dispone de él, pero éste puede considerarse habitual en el medio profesional internacional, o no puede proporcionarlo en un plazo adecuado a las condiciones del paciente. En estos casos, el Estado que realiza la prestación tiene derecho al reembolso del país de residencia del ciudadano que ha recibido la prestación.

#### 4.1. El problema de la sostenibilidad.

Si valoramos que una propuesta, señala CORTINA, es sostenible cuando atiende a “las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras, y que una sociedad es democrática cuando los representantes explican sus propuestas de forma sincera y los ciudadanos discuten sobre ellas en la esfera pública, de modo que pueda llegarse a la mayor cantidad de acuerdos posibles, este sería, a mi juicio,

46 LORA DEL TORO, P., “El derecho a la protección de la salud”, en BETEGÓN CARRILLO J.; LAPORTA SAN MIGUEL F.; PRIETO SANCHÍS L.; DE PÁRAMO ARGÜELLES J.R. (coords.) Constitución y derechos fundamentales, Madrid, 2004, pp. 875-910.

47 EMBID IRUJO, A., El Derecho de la crisis económica, Zaragoza, Prensas universitarias de Zaragoza, Colección Paraninfo, Prima Lectio, 2009, pp.93 ss.

48 LÁZARO, J., “Interese ocultos y valores manifiestos”, en Claves de la razón práctica, 2012, nº 226, p.36.

un camino legítimo<sup>49</sup>. Es fundamental, por tanto, para el conjunto de los ciudadanos garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud para lo que hay que incluir reformas que puedan contribuir a su fortalecimiento y renovado vigor. Por ello, no es de extrañar que se hayan ido acumulando problemas y desajustes que hacen necesario afrontar un proceso de cambios para atender a los ciudadanos con calidad y con eficiencia. Por lo que es cierto que esa necesidad de renovación y de puesta al día del sistema sanitario público se ha convertido en urgente al coincidir con serios problemas económicos, de deuda y morosidad, agudizados por la crisis económica y por la caída de ingresos fiscales.

Para dar respuesta a estas circunstancias es preciso ser sensibles y consecuentes respecto de los diversos factores que están incidiendo de modo severo en la sostenibilidad de nuestro sistema sanitario público. Hay que señalar que la interpretación de cualquier norma jurídica debe llevarse a cabo según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos; y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad. Así lo establece el Artículo 3 de nuestro Código Civil.

La sostenibilidad del sistema sanitario es un problema clásico que ahora se ha vuelto a poner de actualidad pública. Esto requiere hacer un análisis objetivo de la situación económica y sanitaria de España y de sus Sistema Sanitario para saber que medidas deberían de tomarse para garantizar la sostenibilidad del mismo aumentando la eficiencia y disminuyendo el gasto sanitario sin afectar el resultado final de salud de la población.

Hay factores que requieren abordajes estructurales y profundos para ser resueltos o al menos mejorados como la estricta regulación y dimensionado del sector público<sup>50</sup>. El primero de ellos, sin duda, es el cambio demográfico que está experimentando la sociedad española, es decir, la mayor esperanza de vida es ciertamente un aspecto que debe valorarse de modo positivo, pero que también obliga a dar respuesta a un mayor consumo sanitario, especialmente durante los últimos años de la vida. En pocos años habrá una población envejecida. El factor supone el

incremento acelerado del gasto sanitario, que se está registrando sin que se adopten mejoras de eficiencia significativas ni tampoco cambios en el modelo de financiación ni en la forma de presupuestar, crónicamente deficitaria.

Otro factor a tener muy en cuenta en el panorama sanitario, es el de la cronicidad. Seguimos instalados en un modelo asistencial de agudos, pese a la importancia creciente de los pacientes crónicos. A este fin se hace necesario potenciar dispositivos ante patologías complejas y que generan un importante gasto farmacéutico. Asimismo, la cronicidad requiere medidas de apoyo a los pacientes y a sus familias desde una perspectiva sociosanitaria. Otro factor crucial a tener presente es el del uso responsable de los recursos sanitarios por los pacientes.

A mayor abundamiento de dichos factores, lo ha ratificado el TC en su Auto 96/2011, de 21 de junio, FJ 6, en el que considera que la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, “*necesarias en una situación como la actual caracterizada por una exigente reducción del gasto público*”; concluyendo que con esta situación “*todas las Administraciones Públicas con competencia en la materia tienen la obligación de distribuir equitativamente todos los recursos disponibles a fin de garantizar la sostenibilidad del sistema público de salud... e instaurando políticas de contención del gasto...*”.

Otra cosa sería si las medidas, que se aplican en el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, tienen como objetivo fundamental afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo. Las preguntas serían: ¿Era preciso, en el contexto socioeconómico, que dichas medidas se materialicen en un instrumento normativo de efecto inmediato? ¿Era esta una respuesta adecuada y sin demora, a las demandas internas de mejora de la equidad que exige la ciudadanía?, ¿Era una respuesta eficiente? ¿Era requerida para las necesidades externas de transparencia y viabilidad que exige la Unión Europea? Por último cabría señalar, si en el mundo de la salud la relación coste-beneficio de las personas no ha de medirse en criterios sólo económicos, sino de bienestar, de calidad de vida, de todas las personas, resulte su salud rentable o no para el conjunto de la sociedad.

49 CORTINA A., “Sanidad sostenible”, *El país*, opinión, 4 de enero de 2012.

50 ARENAS DÍAZ, A., “Sostenibilidad en el sistema sanitario español”, *Sedisa siglo XXI*, n° 242, 2011, p.4 ss. <http://www.sedisasigloxxi.com/spip.php?article242>

## 5. UNA CARTERA DE SERVICIOS INCLUSIVA: LOS COLECTIVOS QUE MERECEEN ESPECIAL PROTECCIÓN EN LA CARTERA DE SERVICIOS

La accesibilidad entendida en un sentido amplio, la accesibilidad universal, es una herramienta indispensable para alcanzar la igualdad material sirva de ejemplo, las personas con discapacidad u otros colectivos que merecen especial protección<sup>51</sup>. Desde este convencimiento, por ejemplo, habrá que adoptar las medidas pertinentes a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida<sup>52</sup> o hacer frente a otros problemas.

Sin embargo, el problema radicaría, a mi juicio, en la cartera común suplementaria que incluye el copago de las carteras suplementaria y accesoría, y los cambios introducidos en el copago farmacéutico. Es decir, la preguntas serían dos: ¿Se han generado desigualdades e inequidades en la aplicación de los copagos?, ¿Se han producido riesgos en la salud, sobre todo en aquellos pacientes más vulnerables como pensionistas, enfermos crónicos y pacientes con enfermedades raras?

La consideración es si la situación jurídica de ciertos colectivos y prevista para ciertos grupos se acomoda o no a las situaciones de personas (sujetos individuales) como de la sociedad en general y en concreto de los grupos familiares o parentales a los que se les impone una carga-deber de hacer frente a los problemas que se suscitan. De ahí, la necesidad de ofrecer una visión global: como situación de la persona en la que se comprenden tanto los derechos como los deberes y las relaciones jurídicas con los demás, algo más complejo que la unilateralidad de la perspectiva única de los derechos. Este planteamiento, desde la persona íntegra es el que, además, se acomoda mejor al valor de la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) que se predica a todos los sujetos.

En consecuencia, podríamos hablar de la necesidad de reconocimiento de la peculiaridad o especificidad de determinados colectivos en la cartera de

servicios que merecen una especial protección<sup>53</sup> y, por tanto, una atención adecuada a sus condiciones. Entre otros, tienen esta consideración las personas mayores, discapacitados, enfermos mentales, en especial cuando se encuentren en situación de dependencia, menores de edad, enfermos crónicos, terminales, víctimas de maltrato, afectados por VIH-Sida, drogodependientes, inmigrantes y en general grupos concretos en riesgo de exclusión social, deberá procurarse una atención personalizada y adecuada a sus circunstancias.

## 6. EXCLUSIÓN, UNIVERSALIDAD Y SOLIDARIDAD EN EL ACCESO A LA CARTERA DE SERVICIOS.

El acceso a los bienes, servicios y oportunidades destinados a satisfacer las necesidades de salud no es sólo un derecho humano fundamental y la clave para que las personas puedan disfrutar de otros derechos humanos fundamentales. Tal y como señalaba anteriormente, el marco regulador del derecho a la salud en España no se agota con la Constitución y con la normativa jurídica interna sobre el tema. España ha suscrito una serie de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que también regulan el derecho a la salud y que al haber sido válidamente ratificados, obligan jurídicamente al Estado español. Desde una perspectiva social es también un elemento crucial para la construcción de capital humano y tejido ciudadano, a través de la inserción de los individuos en la vida de su comunidad. Desde una perspectiva económica, es un factor esencial para el desarrollo productivo de los países. Para que se cumplan las dos últimas condiciones, los bienes, servicios y oportunidades de salud deben ser distribuidos de modo tal que una cantidad suficiente de personas alcance y conserve un estado de salud que permita generar y mantener el tejido social y la plataforma productiva<sup>54</sup>. Desde el enfoque de la universalidad, la prestación de asistencia sanitaria y la cartera de servicios a dispensar por el Sistema Nacional de Salud se configura como un derecho universal de todos los ciudadanos residentes en territorio nacional.

51 OMS, Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas, op. cit., pp. 16-30

52 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, elaborada por la Organización Mundial de Personas con Discapacidad, 2006 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad art.2

53 Especificidades en relación a colectivos que merecen especial protección art. 15 Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia.

54 ACUÑA, M. C., "Exclusión, protección social y el derecho a la salud", Unidad de Políticas y Sistemas de Salud Área de Desarrollo Estratégico de la Salud OPS-OMS, Revista Panamericana de Salud Pública, marzo 2005, disponible en <http://www.lachsr.org/extension/pdf/exclus-ders>

No puede predicarse lo mismo respecto a la financiación enteramente pública de esta prestación y, en consecuencia, tampoco cabe hablar de la plena gratuidad para sus beneficiarios, en la medida en que, en este sistema, tienen derecho a recibir asistencia sanitaria la población, que ha accedido a este derecho bien por la afiliación a la Seguridad Social (titulares y beneficiarios), o bien por el reconocimiento del derecho establecido en diversas normas (entre otras, la de integración social de minusválidos, personas sin recursos económicos suficientes y Ley 26/1990, para perceptores de pensiones no contributivas). En suma, y aún cuando se ha avanzado notablemente en la gratuidad de la asistencia sanitaria pública, lo cierto es que todavía no es plenamente efectiva, dado que un segmento de la población debe sufragar el coste de la asistencia sanitaria prestada en centros y servicios del SNS.

La publicación de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, cuya disposición adicional sexta “extiende el derecho al acceso a la asistencia sanitaria pública a todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico”, parecía que daba solución a una de las principales –si no la principal– asignatura pendiente en la Sanidad española, como es la existencia de varios de cientos de miles de personas residentes en España que no tienen derecho a la gratuidad de la atención sanitaria pública<sup>55</sup>.

Empero, la establecida previsión legal, en la que subyace la necesidad de superar definitivamente la dependencia del Sistema Nacional de Salud respecto del de Seguridad Social, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, introduce el concepto de “asegurado”, vinculando, en gran medida, el derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública y gratuita al sistema contributivo de Seguridad Social, de modo que no sólo permanece, sino que se refuerza el vínculo entre ambos sistemas.

El problema práctico es si una norma autonómica posibilita el acceso a las prestaciones sanitarias con-

tenidas en la cartera de servicios de un sistema de salud autonómico a quienes, por carecer de la condición de personas aseguradas o beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, y quedan excluidas de la asistencia sanitaria financiada<sup>56</sup> con cargo a fondos públicos. *El interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro* vinculado a las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud, y de otra, el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el artículo 43 de la CE no puede limitar, a mi juicio, el derecho al acceso a la salud para colectivos vulnerables por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias. El Tribunal Constitucional valora los intereses vinculados a la garantía del derecho a la salud, señalando por un lado, lo dispuesto en el art. 43 CE, *en relación con el deber de todos los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, cuya tutela les corresponde y ha de ser articulada “a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” (art. 43.1 y 2 CE)” (STC 126/2008, de 27 de octubre, FJ 6)*. Y por otro, la vinculación entre el principio rector del art. 43 CE y el art. 15 CE que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles. Ciertos colectivos, en particular los inmigrantes sin permiso de residencia, verán notablemente afectada su salud si se les impide el acceso a los servicios sanitarios públicos de forma gratuita, lo que repercutiría, no sólo en su estado de salud individual, sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto contagiosas, afectando directamente a la salud de toda la sociedad.

La cuestión es si la exclusión de la cartera de servicios no debe realizarse si estamos ante el reconocimiento de una categoría superior al derecho a la salud: “El derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”<sup>57</sup>. Con esta frase, el TC está

55 AÑON. M.J., “Límites de la universalidad: los derechos sociales de los inmigrantes”. Universalidad en AÑON. M.J (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003, p.9-20.: Vid. también Lema Añon, C., “Derechos sociales, ¿para quién? sobre la universalidad de los derechos sociales,” en *Derechos y libertades*, n° 22, Época II, enero 2010, pp. 179-203 Uno de los principales rasgos que se atribuyen a los derechos humanos es el de la universalidad. Se supone que la universalidad es una característica definitoria y distintiva de los derechos humanos.

56 Auto del TC de 29 de diciembre del 2012, BOE, 8 de abril de 2013

57 *Ibidem* auto del TC de 29 de diciembre del 2012, BOE,

igualando en importancia ambos derechos, algo que no está contemplado en la CE. “El derecho a la salud no está dentro de los artículos 15 a 30 de la Constitución, como el derecho a la integridad física (artículo 15), que son derechos de primer orden, especialmente protegidos”.

Por ello de modo particular, hay que hacer mención especial los ciudadanos extranjeros, el derecho a la asistencia sanitaria pública a todos aquellos extranjeros que, sin derecho a cobertura asistencial y sin recursos, se encuentren en nuestro territorio, de conformidad con el procedimiento que reglamentariamente se establezca. La normativa actual supone que además cualquier ampliación de la cobertura de la asistencia sanitaria pública a quienes residan en el ámbito territorial de una comunidad autónoma requiere la acreditación por el interesado o interesada de que reúne los requisitos exigidos, acreditación que debería verificarse en el correspondiente procedimiento, de conformidad con las previsiones contenidas en una norma. Esto es así, dado que una vez obtenido el reconocimiento, y con el objeto de posibilitar que el acceso a la asistencia sanitaria, la cobertura sea en iguales condiciones de calidad y con la misma extensión que la reconocida a las personas aseguradas o beneficiarias del Sistema Nacional de Salud. De este modo, entiendo, que requiere poner de manifiesto la especial sensibilidad y solidaridad que se debería tener con todas aquellas personas que vienen en busca de un mejor futuro, a través del reconocimiento y garantía de uno de los derechos de la persona más importantes, como es el derecho a la protección de la salud. Esto es que a pesar del endurecimiento de los requisitos de empadronamiento para los extranjeros y el mayor control el Real Decreto contempla que *«los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente»* hasta que reciban el alta médica, *además de “asistencia al embarazo, parto y postparto”*. No obstante, habrá una especial consideración para los menores de edad, que podrán recibir asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

El problema, por tanto, radica, a mi juicio, en el desarrollo del derecho a la asistencia sanitaria solidaria para ciudadanos carentes de recursos económicos. Su desconocimiento puede suponer un importante retroceso en la construcción de una ciudadanía social, entendida como categoría sociojurídica comprensiva de un estatuto legal y un estatus social reconocidos a

los miembros de pleno derecho de una sociedad en la se hallan integrados mediante un determinado vínculo de pertenencia y al margen de un origen nacional, racial o étnico, así como de cualquier otra condición o circunstancia social<sup>58</sup>. El nuevo marco legal no puede cambiar la tendencia histórico-progresista para regresar a realzar la idea (nunca abandonada y de clara inspiración liberal) del sometimiento del ejercicio de determinados derechos a la condición administrativa de autorización de residencia legal<sup>59</sup>

## 7. LA CARTERA DE SERVICIOS COMO FORMA DE INTERVENCIÓN.

En una teoría convencional de la justicia distributiva, pueden derivarse dos bases de justificación. Una primera base de justificación para ello estriba en otorgar el “derecho a la salud” por el hecho de que éste sea necesario para preservar la vida y desarrollar los planes vitales de los individuos. Una segunda justificación vería en la atención a la salud no el resultado de un derecho, sino la consecuencia normal de una forma de altruismo en la tradición kantiana-postulando que, de no garantizarla, se produciría un atentado a los sentimientos más elementales de equidad y solidaridad humana<sup>60</sup>. Estos dos pensamientos implican que en las intervenciones en los mercados de salud se justificarían en la medida en que garantizaran a todos los individuos un acceso a la salud suficiente para conservar la vida y desarrollar su potencial humano<sup>61</sup>. Sin embargo, para que las condiciones mencionadas contribuyan a la cohesión social y al desarrollo humano de los países, la distribución de los bienes, servicios y oportunidades el acceso a la salud no solo debe involucrar a un número crítico de personas. Debe ser además equitativa. A estos efectos, como señalan LÓPEZ CASANOVAS y ORTÚN RUBIO, en cuanto a la equidad parece que es la garantía individual de las capacidades básicas lo que justifican una intervención pública en el mercado sanitario. Derivar el beneficio conjunto, en términos de

58 MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., *Ciudadanía social y políticas migratorias de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2005, pp. 32-41.

59 AÑÓN ROIG M.J., “Límites de la universalidad; derechos sociales de los inmigrantes” en Añón Roig, M.J. (coord.) *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, PUV, 2004, pp. 9-26

60 LE GRAND, J., *Equity and choice. An Essay in Applied Philosophy*, Londres, Harper Collins, 1991 a, p.20 ss.

61 AARON, H. J., “Equity in the Finance and Delivery of Health care”, en *Journal of Health Economics*, nº 4, 1992, pp. 467-471..



bienestar social, sumando niveles de salud de modo ponderado o no, asignando más recursos a quienes pueden contribuir en mayor medida al agregado salud, no sería de este modo coherente, con la idea anterior<sup>62</sup>. Desde el punto de vista ético, la distribución equitativa de los bienes, servicios y oportunidades de salud se inscribe en el marco de la Teoría de la justicia de RAWLS<sup>63</sup>, que plantea que todos los bienes sociales primarios –libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, y las bases del autorrespeto– deben ser distribuidos igualmente a menos que la distribución desigual de uno o todos estos bienes favorezca a los menos privilegiados. El segundo principio de la citada teoría establece que los bienes sociales y económicos deben ser organizados para el máximo beneficio de los más débiles. Mencionando a BOBIO, para quien la igualdad es un tipo de relación formal, que se puede colmar con los más distintos contenidos<sup>64</sup>. ¿Serían estos las prestaciones sanitarias? En efecto, no debe confundirse acceso universal al sistema nacional de salud con derecho al régimen de prestaciones de forma gratuita o bonificada. La CE no determina en origen un modelo sanitario prefijado, sino que el legislador dispone de una amplia libertad de configuración para modular la acción protectora del sistema sanitario, atendiendo a las circunstancias económicas y sociales afectantes a su viabilidad y eficiencia (STC 96/2011, FJ 6). Tampoco de la CE se deriva que las prestaciones sanitarias deban financiarse, siempre, exclusivamente y en todo caso, con cargo a impuestos. Por ello, de acuerdo con la jurisprudencia del TC, la prestación y la graduación de la gratuidad de la asistencia sanitaria depende de la regulación que en cada momento histórico apruebe el legislador, conforme a las circunstancias cambiantes, con respeto al marco constitucional. *A tenor de esta jurisprudencia, aunque la identidad de protección sanitaria de todos los ciudadanos pueda constituir un desiderata encomiable, desde un punto de vista social, no constituye un imperativo jurídico y la diferenciación de tratamiento que atienda a razones válidas no vulneran el principio constitucional de igualdad* (STC 78/2004).

62 LÓPEZ I CASANOVAS, G. Y ORTÚN RUBIO, V., op.cit. p.41.

63 RAWLS, J., A, Theory of justice, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp.12 ss.

64 RIBOTTA, S., “Sobre la propuesta de igualdad en Norberto Bobbio”, Trabajo enmarcado dentro del Proyecto consolidar –Ingenio 2010, “El tiempo de los derechos”, Instituto de los Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid., p.4.

En consecuencia, la búsqueda de equidad es un objetivo central de muchos sistemas de salud en la actualidad y representa un desafío que se extiende más allá del sector salud. La inequidad en la distribución de los bienes y oportunidades de salud y en la utilización de los servicios de salud se manifiesta en la existencia de grupos de personas que no pueden disfrutar de dichos bienes, servicios y oportunidades, es decir, se encuentran excluidos del acceso a los mecanismos de satisfacción de sus necesidades de salud. La exclusión en salud representa la negación del derecho a la salud para estas personas. Como indica MOSERRAT QUINTANA, el derecho a la salud se entiende como el derecho a un sistema de salud efectivo, integrado y fiable, accesible para todos, que comprende tanto el cuidado de la salud como los determinantes subyacentes de la salud<sup>65</sup>.

## **8. UNA REFLEXIÓN FINAL SOBRE LA CARTERA DE SERVICIOS.**

Muy brevemente debe destacarse por lo que se refiere al artículo. 43 CE, visto desde el ángulo de exigencia de los españoles frente a los poderes públicos, su consideración como garantía institucional, nos podríamos preguntar si los poderes públicos pueden garantizar la protección de su contenido esencial, pues carecen de ese poder de disposición directa respecto a la fijación de las prestaciones asistenciales que depende en gran medida de las leyes del mercado. ¿Es, por tanto, la cartera de servicios un instrumento primordial para asegurar la equidad y mejorar la cohesión y calidad, entendida en el documento que la introdujo en nuestro sistema de salud (como catálogo de prestación de servicios relacionados con los problemas de salud y las necesidades sentidas por la población susceptibles de ser resueltas desde una perspectiva global e integradora)?

Todo lo relativo a las prestaciones sanitarias tiene una máxima relevancia para los ciudadanos, los cuales actualmente reclaman de los poderes públicos un catálogo de prestaciones sanitarias lo más amplio posible en cuanto a concretas prestaciones preventivas, asistenciales y reparadoras, y, además, una asistencia sanitaria sin demoras y con la máxima calidad posible en función de los constantes adelantos en técnicas asistenciales y en procedimientos diagnósticos y

65 MOSERRAT QUINTANA A., “El derecho a la salud y a las prestaciones sanitarias”, en Monserrat Quintana A., (dir.), Nuevos derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, 2007, p 25.

terapéuticos, pues no en vano está en juego un valor supremo para ellos: su salud e integridad física, así como la de sus familiares y allegados. Lograrlo es una exigencia del constitucional Estado Social y de Derecho. El instrumento normativo, adecuado para desarrollar el Catálogo de Prestaciones sanitarias y sus correspondientes garantías, es la Cartera de Servicios Sanitarios, que dada la trascendencia de éste por cuanto fija los contenidos prestacionales sanitarios en cantidad y en calidad, respecto de los que el ciudadano refleja un derecho subjetivo.

Actualmente se demanda por la ciudadanía que el Catálogo de Prestaciones incluido en la Cartera de Servicios sanitarios se dé con unos suficientes niveles de eficiencia y de calidad técnica y administrativa, de fiabilidad científica, de seguridad y de prontitud. Es, pues, deber de una buena Administración sanitaria y, paralelamente, derecho del ciudadano, que aquélla gestione los servicios y realice las prestaciones con una calidad suficiente, calidad no sólo en la vertiente procedimental, sino también en la material. Se trata de modernizar las estructuras, de ordenar y actualizarlos métodos diagnósticos y terapéuticos y, como prestadora de servicios a los ciudadanos, de adoptar un modelo de progresiva calidad. El centro de gravedad no está ya en la incorporación de nuevas prestaciones, sino en mejorar la cobertura real de las prestaciones existentes. La respuesta estaría conectada con los principios de eficacia y reciprocidad concreta. En relación al principio de eficacia colocado en su fase ejecutiva, como dice PAREJO ALFONSO, los asuntos públicos suponen: a) una buena o mala ejecución; b) una estrecha imbricación entre organización y actividad; c) y especificidad de la gestión de un “programa legislativo administrativo” y de su criterio jurídico valorativo<sup>66</sup>.

Por último, hay un triple alcance en la cartera de servicios, a mi juicio: incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública –que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para la Administración Sanitaria–, reconoce y garantiza el acceso a la información –regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo– y establece las obligaciones de buena gestión (buen gobierno) que deben cumplir los responsables y gestores sanitarios, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento –lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los

que desarrollan actividades de relevancia pública en el ámbito sanitario. Se establece un amplio catálogo, por tanto, que debe ser accesible, comprensible, entendible para los ciudadanos, dado su carácter de instrumento óptimo para el control de la gestión y utilización de los recursos públicos en materia sanitaria.

Respecto al segundo principio, la finalidad de las prestaciones sociales y su relación con los servicios que conforman la sanidad, la cartera debe garantizar el acceso universal a los bienes básicos de toda la ciudadanía puesto que los mercados a pesar de su capacidad para cubrir las necesidades básicas, generan situaciones de exclusión y marginación. En este sentido, la dinámica del derecho a la salud y la cartera de servicios pasa por aclarar el esquema jurídico de las relaciones de prestación, esto es, el poner de manifiesto que quien paga no es el Estado, sino que son unos ciudadanos que contribuyen a que otros ciudadanos reciban lo que en derecho les corresponden, según el principio de eficacia de los derechos humanos. Desde esta nueva perspectiva, el problema de la distribución se reconduce a una cuestión de reciprocidad concreta, los principios delimitados por RAWLS en el ámbito de su teoría de la justicia se perfilan también como principios reguladores de la llamada “well-ordered society”<sup>67</sup> Como indica GOMES CANOTILHO “los ciudadanos de carne y hueso quieren saber por qué pagan y cual es el rostro del acreedor”<sup>68</sup>. No obstante, habría que matizar si la lucha contra la crisis económica con el fuerte endeudamiento que arrastrará en su pago, necesariamente en los próximos años, obligará a más de una generación a atender, en concreto, estas obligaciones. Cualquier medida puede afectar en algún sentido negativo al mantenimiento de ciertas prestaciones a las que estábamos acostumbrados en el marco del Estado Social de Derecho o a algunas de las nuevas otorgadas.

## 9. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRE VERGARA, N., ET ALIA de “La crisis de la Sanidad Pública”, Análisis prospectivo, *Medical economics*, nº 180, 8 de marzo de 2013, p.29.

67 RAWLS, J., *Uma teoria da justiça*, Lisboa, 1983, p. 67 ss

68 GOMES CANOTILHO, J.J., “Metodología fuzzy y Camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos y libertades* nº 6, pp. 39-40.

66 PAREJO ALFONSO, L., “Los principios de la Gobernanza Europea”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, nº. 6, 2004, (Ejemplar dedicado a: La gobernanza Europea), pp. 27-56

- ACUÑA, M. C., “Exclusión, protección social y el derecho a la salud”, Unidad de Políticas y Sistemas de Salud Área de Desarrollo Estratégico de la Salud OPS-OMS, Revista Panamericana de Salud Pública, marzo 2005, disponible en <http://www.lachsr.org/extension/pdf/exclus-ders>.
- ARENAS DIAZ, A., “Sostenibilidad en el sistema sanitario español”, *Sedisa siglo XXI*, n°242, 2011, p.4 ss. <http://www.sedisasigloxxi.com/spip.php?article242>
- AARON, H. J., “Equity in the Finance and Delivery of Health care”, en *Journal of Health Economics*, n° 4, 1992, pp. 467-471.
- ACUÑA, M. C., “Exclusión, protección social y el derecho a la salud”, Unidad de Políticas y Sistemas de Salud Área de Desarrollo Estratégico de la Salud OPS-OMS, Revista Panamericana de Salud Pública, marzo 2005, disponible en <http://www.lachsr.org/extension/pdf/exclus-ders>
- AÑÓN. M.J., “Limites de la universalidad: lo derechos sociales de los inmigrantes”. Universalidad en AÑÓN. M.J (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración.*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003, p.9-20.
- BACA BALDOMERO, E.,” Las cuatro lógicas del sistema sanitario español: médico, enfermo tercer pagador e industria”, *Claves de la razón práctica*, 2006, pp. 42-47; “La crisis y las deficiencias del sistema” en *Claves de razón práctica*, n. ° 226, 2012, pp.9-21.
- BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 122 ss.
- BOLIVAR, L., “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: el papel de la sociedad civil”, en Memoria I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, pp.57-58.
- CASCAJO CASTRO, J. L., *La Tutela Constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1988, pp.58 ss
- EMBID IRUJO, A., *El Derecho de la crisis económica*, Zaragoza, Prensa universitaria de Zaragoza, Colección Paraninfo, Prima Lectio, 2009, pp.93 ss.
- GARCIA VICENTE, F., “Informe del Justicia de Aragón con motivo de la Queja –DI-1186/2012-5”, en el que proceda a examinar el contenido del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones de 12 de julio de 2012.
- GOMES CANOTILHO, J.J., “Metodología fuzzy y Camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos y libertades* n° 6, pp. 39-40.
- LÁZARO, J., “Interese ocultos y valores manifiestos”, en *Claves de la razón práctica*, 2012, n° 226, p.36
- LE GRAND, J., *Equity and choice. An Essay in Applied Philosophy*, Londres, Harper Collins, 1991 a, p.20 ss.
- LORA DEL TORO, P, “El derecho a la protección de la salud”, en BETEGÓN CARRILLO J.; LAPORTA SAN MIGUEL F.; PRIETO SANCHÍS L.; DE PÁRAMO ARGÜELLES J.R. (coords.) *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, 2004, pp. 875-910.
- MARIÑO, F. M., “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de las Naciones Unidas, Revista de Derechos y Libertades, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Año III, Febrero, n°6, 1998, p. 94.
- MONTORO ROMERO R., *Fundamentos Políticos de la Política social*, Universidad de Valladolid, “Los fundamentos teóricos de la Política Social”, en ALEMÁN, C. y GARCÉS, J. (coords.): *Política Social*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997; pp. 33-50,
- PAREJO ALFONSO, L.,”Los principios de la Gobernanza Europea”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, n°. 6, 2004, (Ejemplar dedicado a: *La gobernanza Europea*),pp..27-56. - *La calidad al Servicio de la eficacia en el sistema Nacional de Salud*”, en PAREJO ALFONSO, L., PALOMAR OLMEDA, A., VAQUER CABALLERÍA, M., (coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud.*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p 242

- RAGA, T., “Efectividad de los derechos económicos y sociales”, en *Derechos y Libertades*, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Año III, nº 6, Febrero 1998, p. 194
- RAWLS, J., *Uma teoria da justiça*, Lisboa, 1983, p. 67 ss.
- RIBOTTA, S., “Sobre la propuesta de igualdad en Norberto Bobbio”, Trabajo enmarcado dentro del Proyecto consolidar –Ingenio 2010, “El tiempo de los derechos”, Instituto de los Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid., p.4.
- ROKKAN S., *State Formation, Nation-Building, and Mass Politics in Europe*, The Theory of Stein Rokkan, Edited by Peter Flora, Oxford University Press, 1999. pp 20 ss.
- VIDA FERNÁNDEZ, J., “Las prestaciones del SNS: catálogo de prestaciones”. en PAREJO ALFONSO, L., PALOMAR OLMEDA, A., VAQUER CABALLERÍA, M., (coords), *La reforma del Sistema Nacional de Salud.*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p.62.

# U.S. MEDICAL MALPRACTICE AND ITS COSTS: A BRIEF SURVEY<sup>1</sup>

*João Pinto Monteiro*<sup>2</sup>

*Assistant Professor*

*Faculty of Law of the University of Coimbra*

*Center for Biomedical Law, Faculty of Law of the University of Coimbra*

**SUMMARY: 1. American Medical Malpractice Liability and Health Care Costs. 2. Medical Behavioural Changes and their Ramifications. 3. Several solutions under Discussion. 4. Conclusion.**

## ABSTRACT

This article presents straight forward considerations on the relationship between medical liability in the United States, medical behaviours it incentivizes—with a focus on defensive medicine—and health care costs. First, we present ways in which medical liability contributes to increased health care costs; second, we look at how this influences physicians' behaviours and what consequences this implicates for health care in the United States; third, we talk about specific solutions under consideration; finally, we sum it up.

## KEYWORDS

Medical malpractice; defensive medicine; health care costs; United States of America.

## 1. AMERICAN MEDICAL MALPRACTICE LIABILITY AND HEALTH CARE COSTS

U.S. medical malpractice law revolves around the tort concept of negligence, which is considered to take place when care provided by the physician does not meet what is expected of a reasonable medical practitioner—the standard of care<sup>3</sup>. The physician's

---

<sup>1</sup> This article is a product of research project FCOMP-01-0124-FEDER-014435 “Towards a legal framework of medical malpractice that is less aggressive, more efficacious and more favorable to the reduction of medical error” (Ref. FCT PTDC/CPJ-JUR/111133/2009), financed with national funds by the FCT/MCTES (PIDDAC), and co-financed by the European Regional Development Fund (ERDF) through the COMPETE – POFC, coordinated by Prof. Guilherme de Oliveira and undertaken at the Center for Biomedical Law, Faculty of Law of the University of Coimbra.

<sup>2</sup> João António Pinto Monteiro, LL.B., Faculty of Law of the University of Coimbra (2003); LL.M., Faculty of Law of University of Coimbra (2008); LL.M., Columbia Law School (2009); Visiting Scholar, Harvard Law School (2010-2011), and Columbia Law School (2012); Ph.D. candidate, Faculty of Law of the University of Coimbra; M.D. candidate, Faculty of Medicine of the University of Coimbra. I would like to thank Prof. André Dias Pereira for his helpful insights.

<sup>3</sup> Our focus will be trained on physicians as care providers because, even though they and health care facilities may be jointly and severally liable for medical malpractice, the former are the central defendants in a majority of claims, as it is difficult to hold a hospital or other institution liable, due to limited theories of corporate negligence (for example, in the fulfillment of oversight duties) that have been held in courts. Still, the organization for which the physician works may be more commonly held indirectly (or “vicariously”) liable for the acts of their physicians, even if these are not employed by the hospital (which happens quite often, with physicians operating as independent contractors instead), so long as the institution exerts a certain level of control over the practice environment at issue. Michelle M. Mello & David M. Studdert, *The Medical Malpractice System: Structure and Performance*, in *MEDICAL MALPRACTICE AND THE U.S. HEALTH CARE SYSTEM* 11-12 (William M. Sage & Rogan Kersh eds., 2006).

relationship with his patient must also give rise to a duty to the former, and the patient must suffer an iatrogenic injury (medical in its origin).<sup>4</sup>

There is not much uniformity in the way states tackle medical malpractice, not only in what concerns the standard of care to which physician's behaviour must conform,<sup>5</sup> but also when it comes to matters such as the status of limitations and claim caps.

Generally, the standard of care may be defined as "customary medical practice," (thus making life easier for courts, which generally struggle with the technical complexity of medical care) or as the more objective "reasonable prudence," to which many states have been turning to.<sup>6</sup>

When the issue is whether patient's consent was informed,<sup>7</sup> that is to say whether the physician informed the patient of material risks associated with proposed treatments, there is a requirement of reasonability that has been focusing less on the physician and more on the patient: whereas most states provide that the physician must disclose all the risks that a reasonable physician would divulge, a minority of jurisdictions now prefer to require that the physician disclose all the risks that a reasonable patient would expect to be made aware of before undergoing the treatment.<sup>8</sup>

There are at least a couple of ways in which negligence contributes to health care costs.

One major issue is the difficulty knowing when negligence is present, which leads to an especially marked uncertainty in its practical application,<sup>9</sup> clearly shown for the first time by the Harvard Medical Practice Study, which reviewed medical records of patients hospitalized in the State of New York in 1984 to assess the quality of care provided and correlate it with subsequent malpractice litigation. As WILLIAM M. SAGE reveals, this study "*radically changed the academic understanding of medical malpractice by revealing a two-sided mismatch between malpractice litigation and underlying negligence ... [and] confirmed that malpractice awards are frequently unjustified, in that most successful claimants, though suffering from substantial physical infirmities, had not been treated negligently and often had not even been injured by medical care.*"<sup>10</sup>

This means costs associated with compensation and administrative expenses become particularly difficult to predict for insurance companies, making them uneasy, which in turn makes medical liability insurance mercifully more expensive. Uncertainty has already proven to be deadly more than once in recent American history, when the unexpected surge in claim costs generated crises in liability insurance markets in the mid-1970s and mid-1980s.<sup>11</sup> This, in turn, nudged many states to adopt tort reforms designed to reduce claim costs;<sup>12</sup> below we will see an instance in the shape of a Californian tort reform.

A more recent study, published in *The New England Journal of Medicine* in 2006, in which trained physicians pored over 1,452 claims from five liability insurers, presents a generally rosier outlook of this matter.<sup>13</sup> However, its results indicate that 28%

---

4 *Id.* at 12-13.

5 The Restatement (Third) of Torts: General Principles does not seem to be particularly helpful in the case of medical malpractice. John C. P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *The Restatement (Third) and the Place of Duty in Negligence Law*, 54 VAND. L. REV. 657, 675 (2001).

6 TROYEN A. BRENNAN, JUST DOCTORING: MEDICAL ETHICS IN THE LIBERAL STATE 100 (1991).

7 This is a fundamental problem in medical malpractice in general, given the information asymmetry between consumers (patients) and producers (physicians and hospitals) of medical services. A misperception of risks on the part of the patient could be conducive to too little care per procedure and to too many risky procedures. Medical liability complements other mechanisms (such as altruism, professional and ethical concerns, peer review and professional licensure) and would ideally erase any negligent behavior by making it cheaper for the physician to prevent it rather than to risk paying damages. For a deeper discussion of the matter, impossible to follow through with here, see Patricia M. Danzon, *Medical Malpractice*, in 2 THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW 624, 624 (Peter Newman ed., 2002).

8 ARNOLD J. ROSOFF, INFORMED CONSENT: A GUIDE FOR HEALTH CARE PROVIDERS 38 (1981).

---

9 See Frank A. Sloan, Penny B. Githens & Gerald B. Hickson, *The Dispute Resolution Process*, in SUING FOR MEDICAL MALPRACTICE 153, 153 (Frank A. Sloan, Penny B. Githens, Ellen Wright Clayton, Gerald B. Hickson, Douglas A. Gentile & David F. Partlett eds., 1993): "*Some assert that [the system to resolve medical malpractice claims] operates like a lottery, both in determining liability and setting damages. Liability determination is thought to be particularly suspect in a field such as medical malpractice where the causation issues are often complicated.*"

10 William M. Sage, *Malpractice Reform as a Health Policy Problem*, in MEDICAL MALPRACTICE AND THE U.S. HEALTH CARE SYSTEM, *supra* note 3, at 32.

11 PAUL C. WEILER, HOWARD H. HIATT, JOSEPH P. NEWHOUSE, WILLIAM G. JOHNSON, TROYEN A. BRENNAN & LUCIAN L. LEAPE, A MEASURE OF MALPRACTICE: MEDICAL INJURY, MEDICAL LITIGATION, AND PATIENT COMPENSATION (1993).

12 Danzon, *supra* note 7, at 626.

13 David M. Studdert, Michelle M. Mello, Atul A. Gawande, Tejal K. Gandhi, Allen Kachalia, Catherine Yoon, Ann Lou-

of claims involving injury to the plaintiff without involving medical error still resulted in compensation—mostly settled out of court. The converse is also true: 27% of claims involving error were not compensated. Together, these two figures amount to a total of 381 (26%) of the 1,452 claims.<sup>14</sup> While it is true that medical error “*is not identical to the legal concept of negligence ... the two cleave so closely that experts in both medicine and law have trouble explaining the difference.*”<sup>15</sup> Our point is that this does not significantly change the fact that there is still plenty of unpredictability in medical malpractice liability and that this contributes to ramping up health care expenditure and costs in the United States.<sup>16</sup>

Another problem is the extensive discovery and testimony of multiple experts required to prove physician’s negligent behaviour. These experts very often disagree even in the more controlled and less adversarial context of research studies, like the studies we have just mentioned. Unsurprisingly, the requirement of negligence represents roughly 40% of the malpractice insurance premium.<sup>17</sup>

In conclusion: as it is problematic to look at an iatrogenic injury and ascertain whether it was negligent or not—making this a particularly challenging requirement to apply in practice—negligence is very expensive and time-consuming to prove in court, and the likelihood of the outcome of a claim is particularly challenging to foresee. This means insurance companies are not able to properly estimate how much money they will spend on medical liability awards—only that they will spend a lot of it on proving the claims that are actually brought to court wrong. This, in turn, makes medical liability insurance erratically expensive. Physicians and hospitals will therefore have to pay a steeper price for coverage, which, in turn, will cause them to increase their fees.<sup>18</sup>

ise Puopolo & Troyen A. Brennan, *Claims, Errors and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation*, 354 NEW ENG. J. MED. 2024, 2024-33 (2006).

14 *Id.* at 2028.

15 *Id.* at 2032.

16 See Allen Kachalia & Michelle M. Mello, *New Directions in Medical Reform*, 364 NEW ENG. J. MED. 1564, 1564 (2011).

17 Ellen Wright Clayton & David F. Partlett, *Lawyer-Client Relationships*, in *SUING FOR MEDICAL MALPRACTICE*, *supra* note 9, at 77.

18 See George L. Priest, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, 96 YALE L.J. 1521, 1522 (1986-1987) (explaining the repercussions of increased premiums on sustained price increases).

The legal system of the United States also contributes to the phenomenon we have been describing by the way incentives are put into place in litigation related to medical malpractice.

The current system makes it relatively easy for a plaintiff to file a claim because he is not required to reimburse defendant’s legal costs even if the latter prevails in the case.<sup>19</sup> Moreover, normally the plaintiff does not even pay his own legal fees; instead, his lawyer shoulders them. This means a patient is not subjected to that particular financial deterrent when he is considering suing a physician for malpractice. In turn, the plaintiff’s lawyer recoups his fees by receiving a percentage (normally up to 40%) of the amount awarded to his client, and filters out patients’ frivolous claims because they are unlikely to lead to compensation.<sup>20</sup>

In a meritorious claim the lawyer has a powerful incentive to file suit due to the hefty compensations usually awarded to plaintiffs: while it is difficult to accurately average their dollar amounts, a study in 2003 estimated this average to fall somewhere between \$260,000 and \$310,000.<sup>21</sup> This would put estimates of total annual awards at about \$5.8 billion nationwide. However, even though this contributes to increasing the total spent on health care, in the same study it represented less than 0.3% of spending. Even if we include estimates of administrative expenses (involving lawyers, experts and courts), the figure still amounts to less than 1%.<sup>22</sup>

19 Florida was an exception because it awarded fees to the prevailing party to deter claims and defenses without merit, but it later scrapped this Anglo-Canadian rule. PAUL C. WEILER, *MEDICAL MALPRACTICE ON TRIAL* 29 (1991).

20 Douglas A. Kysar, Thomas O. McGarity & Karen Sokol, *Medical Malpractice Myths and Realities: Why an Insurance Crisis is not a Lawsuit Crisis*, 39 LOY. L.A. L. REV. 785, 806-07.

21 Michelle M. Mello & David M. Studdert, *The Medical Malpractice System: Structure and Performance*, *supra* note 3, at 13. Ideally this kind of compensation would have been at the reach of a high proportion of patients negligently injured, by eliminating deterrents to claims while at the same time screening out those lacking in merit, preferably before they were even filed. It should also deter iatrogenic injuries that stem from negligent behavior, all the while avoiding transaction costs.

Several studies, however, offer empirical evidence that the current system does not conform to these expectations, including two thorough surveys of medical records of hospitalized patients. A particularly important one is the abovementioned Harvard Medical Practice Study. William M. Sage, *Malpractice Reform as a Health Policy Problem*, *supra* note 10, at 32.

22 Michelle M. Mello & David M. Studdert, *The Medical Malpractice System: Structure and Performance*, *supra* note 3, at 13.

Nonetheless, incentives to litigate against perceived malpractice also put stress on the court system, contributing to clogging it, and thus increasing transaction costs in general (including in the acquisition of medical services by the patient and the purchase of insurance by the physician) because the parties to a contract, when defining their performances, have to take into account the possible need of legal enforcement and the expenses they would then incur.

## 2. MEDICAL BEHAVIOURAL CHANGES AND THEIR RAMIFICATIONS

All this sways the way American physicians provide their services because they are likely to perceive patients as a potential source of very expensive legal trouble. They then react by shielding themselves from the seeming threat in many distinct ways.

One of these ways is a deep transformation of the main priorities presiding the medical relationship between physician and patient: patient's health is no longer the physician's sole priority, for he is also concerned with protecting himself from liability. This obviously sows distrust towards the patient and hardens the physician.<sup>23</sup> It also makes it more likely for a physician to avoid disclosing his mistakes (because even if he is confident he has not been negligent in causing them, he might still fear being held accountable against a somewhat murky legal standard), which impairs patients' access to compensation when there might indeed have been a negligent medical injury.<sup>24</sup>

In the United States communication between physicians and their patients appears to be particularly fraught. In a 2009 survey of almost 1,891 practicing physicians, more than 10% confessed to having told patients something untrue in the previous year, and about one-third did not completely agree with disclosing serious medical errors to patients, even though the vast majority admitted that physicians should fully inform patients about the risks and benefits of interventions.<sup>25</sup>

23 William M. Sage, *Malpractice Reform as a Health Policy Problem*, 12 WIDENER L. REV. 107, 115-17 (putting forward the Pennsylvanian example as a possible solution to making physicians more open, candid and empathetic with patients whom they might have injured).

24 See TOM BAKER, THE MEDICAL MALPRACTICE MYTH 178 (2005).

25 Lisa I. Iezzoni, Sowmya R. Rao, Catherine M. Des-Roches, Christine Vogeli & Eric G. Campbell, *Survey Shows*

Other behavioural changes—generally classified as “defensive medicine”—include situations where the physician overprovides medical services, including diagnostic tests, procedures and medications. This practice is pervasive in the United States<sup>26</sup> where (as we have already established) medical malpractice litigation is common and very expensive, compensation awarded to plaintiffs is high, and where the outcome of malpractice lawsuits is rather hazy. A physician will thus give his patient every exam, procedure and medication related to his condition (regardless of how vaguely related), even if there is only little—or even no—marginal utility. This way the physician shows the patient he did absolutely everything that was required by his medical duty, thus allaying his own fears of being successfully sued.

This represents a substantial increase in medical expenditure for patients and the companies that insure them, since they will be the ones picking up the tab for services that were of scant value.<sup>27</sup> This increases health care costs—and therefore insurance premiums—without producing a significant quality benefit. Actually, the quality of care provided might even diminish, considering that patients will be given medication with potential side effects and subjected to tests and procedures that might be invasive, painful, or at least generally unpleasant.

Overprescribing medication might also increase drug prices by intensifying demand, thus placing yet another financial strain on American health care without palpable improvements in quality. There is broad consensus that this practice is widespread.<sup>28</sup>

Further changes in medical behaviour include avoiding provision of high-risk procedures, dodging difficult cases, eschew high-risk specialties (thus leading to a dearth of physicians in them)<sup>29</sup>, moving

*that at Least Some Physicians Are Not Always Open or Honest with Patients*, 31 HEALTH AFF. 383, 383-91.

26 Daniel Kessler & Mark McClellan, *Do Doctors Practice Defensive Medicine?*, 111 Q. J. ECON. 353, 358 (1996).

27 Troyen A. Brennan, Michelle M. Mello & David M. Studdert, “Liability Patient Safety, and Defensive Medicine: What Does the Future Hold?”, in MEDICAL MALPRACTICE AND THE U.S. HEALTH CARE SYSTEM, *supra* note 3, at 93-114.

28 Michelle M. Mello & David M. Studdert, “The Medical Malpractice System: Structure and Performance”, *supra* note 3, at 23.

29 The choice of a particular medical specialty might entail having to pay exorbitant insurance premiums, which is what happened to Floridian obstetrician/gynecologists (some of which were charged \$174,000 per coverage year), leading up to the introduction of no-fault liability for certain injuries in this



to a different state<sup>30</sup> or even leaving the practice of medicine.

In sum, defensive medicine consists of behaviours undertaken to assuage the physician's apprehension about liability, and which are of little benefit (compared to their cost), no benefit, or just outright harmful.<sup>31</sup> The fluidity of the concept is sure to make American efforts to quantify the financial impact of defensive medicine on health care costs face the same difficulties as other countries. Nonetheless, the aforementioned 2003 study estimated that if we add costs associated with defensive medicine to those of medical liability and its administrative costs, we may reach a grand total amounting to as much as 1.5% of health care spending in the United States.<sup>32</sup> It is therefore no wonder that the newly published sixth edition of the American College of Physicians' Ethics Manual urges practitioners to use resources parsimoniously.<sup>33</sup>

### 3. SEVERAL SOLUTIONS UNDER DISCUSSION

These are all good reasons why tort reform has regularly been such a hot topic in U.S. politics. As of late it has been especially persistent among politicians affiliated with the Republican Party, who felt disillusioned with its absence from the Patient Protection and Affordable Care Act (PPACA),<sup>34</sup> sometimes referred to (usually by opponents) as Obamacare, which was enacted in March 2010. In fact, many of its goals might be imperilled by the spiralling health care expenditure.<sup>35</sup> So what is keeping American politicians from reforming malpractice laws?

---

state in 1988, which we will analyze below.

30 Joanna M. Shepherd, *Tort Reforms' Winners and Losers: the Competing Effects of Care and Activity Levels*, 55 UCLA L. REV. 905, 942-43 (2008).

31 Michelle M. Mello & David M. Studdert, "The Medical Malpractice System: Structure and Performance", *supra* note 3, at 23.

32 *Id.* at 13.

33 Peter J. Neumann, *What we Talk about When we Talk about Health Care Costs*, 366 NEW ENG. J. MED. 585, 585-86 (2012) (for a succinct analysis of this exhortation).

34 For the position of some of the (currently) most prominent Republican politicians, see Newt Gingrich & Vincent L. Frakes, *Incomplete Reform: How the Patient Protection and Affordable Act Fails to Achieve True Health Transformation*, 25 NOTRE DAME J.L. ETHICS & PUB. POL'Y 329, 329-36 (2011); and Paul Ryan, *Health Care Reform: The Way Forward*, 25 NOTRE DAME J.L. ETHICS & PUB. POL'Y 337, 337-53 (2011).

35 Michael Lee, Jr., *Trends in the Law: The Patient Protection and Affordable Care Act*, 11 YALE J. HEALTH POL'Y L. &

There are several constraints to malpractice reform. One limitation is the other issues usually considered more preeminent, such as access to affordable health care, which has been at the centre of the PPACA. Malpractice reform truly comes to the foreground of political debate only when the malpractice insurance market makes it too costly—and in some cases even impossible—for physicians to acquire insurance, thus causing them to protest more vehemently and some hospitals to threaten closing their doors.<sup>36</sup> Otherwise, the main reason for malpractice reform is the omnipresent issue of defensive medicine, a concept too flexible and difficult to quantify to directly be a part of health policy.

Another difficulty is that the debate over medical tort reform is so burdened with professional rivalries between physicians, lawyers and organizations related to them that outsiders avoid meddling. Of course the microeconomics of the market for services related to health care go far beyond physicians and lawyers, so it is no surprise that there are also business interests on both sides that try to have their opposite goals prevail.

In the end, all this means the malpractice debate has tended to focus on reforms of the legal process and neglect problems pertaining to the assurance of quality in medical care and to liability insurers, who are only paid attention to during the downturns of the insurance cycle.<sup>37</sup> An excellent example of this is California's Medical Injury Compensation Reform Act of 1975, which consists of a cap on noneconomic and punitive damages, the possibility of reducing certain other types of damages, a sliding scale for plaintiff's lawyers' contingent fees, and a shortening of the statute of limitations for filing claims.<sup>38</sup> Clearly, the intention here was chiefly to reduce claim costs.<sup>39</sup>

---

ETHICS 1,5 (2011).

Nevertheless, the current impact of this act on health care cannot be overstated. Among other changes that are already being enjoyed by Americans, the PPACA forbids insurance companies from denying payments for health services by retroactively finding an error or other technical mistake on the patient's previously accepted application; eliminates lifetime dollar limits on essential benefits, such as hospital stays; and forbids insurance companies from denying coverage to children under the age of nineteen due to a pre-existing condition.

36 William M. Sage, *Malpractice Reform as a Health Policy Problem*, *supra* note 10, at 30.

37 *Id.* at 30.

38 *Id.* at 31.

39 However, such caps are not without problems: see Patricia J. Chupkovich, *Statutory Caps: An Involuntary Contribution to the Medical Malpractice Insurance Crisis or a Reasonable Mechanism for Obtaining Affordable Health Care*, 9J.

To this aim there has also been talk of adopting a no-fault liability system, which would render the negligence requirement unnecessary for the patient to be compensated, and which the AMERICAN COLLEGE OF PHYSICIANS advocated broad experimentation with.<sup>40</sup> It is argued that a no-fault standard would improve disclosure of medical errors by removing incentives to hide them, since injuries would be compensated either way.<sup>41</sup> Promoters of versions of this standard also point out that this would increase the quality of medical care.<sup>42</sup> On the other hand, a no-fault standard might increase health care costs by compensating all medical injuries. However, this argument must be confronted with the savings that would derive from decreased administrative costs with litigation and a diminished need for defensive medicine: for example, physicians would not need to overprescribe diagnostic tests, procedures and medications because that would have no impact on a decision to compensate medical injury.

Florida is an example of a state with some experience with no-fault liability, albeit only for specific procedures. In 1988 it passed a bill oniatrogenic newborn infants' neurological injuries, with compensation to be paid by the Neurological Injury Compensation Association. The initiative has been successful for the most part, although its narrow scope means we should not carelessly adopt a more encompassing approach of no-fault liability.<sup>43</sup> The same thing might

be said of New Zealand's general no-fault system of accident compensation: the particularities of this country's system do not make it readily available for import into the United States.<sup>44</sup>

#### 4. CONCLUSION

The United States are particularly remarkable in the way so much of the nation's gross domestic product is allocated to expenditure on health care (the highest figure in the World Health Organization's 2011 health statistics with 15.2% in 2008, up from 13.4% in 2000).<sup>45</sup> This can be explained, at least in part, by medical liability and the defensive medicine it gives rise to. Tort reform could help tackling these problems, but political stalemate has predominantly led to marginal reforms to reduce the filing of claims by patients. Other approaches like no-fault liability are still in their infancy in the United States and thus need to be given broader and deeper consideration before they can be generally adopted.

---

CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 337, 337-75 (1993).

But see Robert S. Peck, *Violating the Inviolable: Caps on Damages and the Right to Trial by Jury*, 31 U. DAYTON L. REV. 307, 310 (2005-2006) (strongly contending that caps do not have the positive effect on health care costs so commonly assigned to it, and supporting his position with several court decisions, including a particular insightful one from the Wisconsin Supreme Court); and F. Patrick Hubbard, *The Physicians' Point of View Concerning Medical Malpractice: A Sociological Perspective on the Symbolic Importance of "Tort Reform"*, 23 GA. L. REV. 295, 296 (1989) (presenting physicians' sociological cry for tort reform as a means to vent their disagreement over a plethora of changes in the American health care system).

40 American College of Physicians, *Exploring the Use of Health Courts – Addendum to "Reforming the Medical Profession Liability System"* (2006), [http://www.acponline.org/advocacy/where\\_we\\_stand/policy/health\\_courts.pdf](http://www.acponline.org/advocacy/where_we_stand/policy/health_courts.pdf).

41 David M. Studdert, Eric J. Thomas, Brett I. W. Zbar, Joseph P. Newhouse, Paul C. Weiler, Jonathon Bayuk & Troyen A. Brennan, *Can the United States Afford a No-Fault System of Compensation for Medical Injury?*, 60 LAW & CONTEMP. PROBS. 1, 31-34 (1997).

42 David M. Studdert & Troyen A. Brennan, *No-Fault Compensation for Medical Injuries: The Prospect for Error Prevention*, 286 JAMA 217, 221 (2001).

43 See J. Horwitz & Troyen A. Brennan, *No-Fault Compensation for Medical Injury: A Case Study*, 14 HEALTH AFF. 164, 176-77 (1995).

---

44 See Peter Davis, Roy Lay-Yee, Julie Fitzjohn, Phil Hider, Robin Briant & Stephen Schug, *Compensation for Medical Injury in New Zealand: Does "No-Fault" Increase the Level of Claims Making and Reduce Social and Clinical Selectivity?*, 27 J. HEALTH POL. POL'Y & L. 833, 833-54 (2002).

45 World Health Organization, *World Health Statistics 2011*, at 134, [http://www.who.int/gho/publications/world\\_health\\_statistics/EN\\_WHS2011\\_Full.pdf](http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/EN_WHS2011_Full.pdf).

# JURISPRUDENCIA E INFORMES

Sección a cargo de **Vicente Lomas Hernández**

Doctor en Derecho

Jefe de Servicio de Coordinación Regional de Asesorías Jurídicas

Servicio de Salud de Castilla – La Mancha

## PRESTACIONES SANITARIAS

### **I.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 11 DE FEBRERO DE 2013, 167/2013. SALUD BUCODENTAL Y DEFICIENCIA PSÍQUICA.**

El artículo 9 del Decreto 34/2006, de 28 de marzo, por el que se modifica el Decreto 273/2004, de 9 de noviembre, sobre la prestación de atención dental a la población de Castilla-La Mancha con edades comprendidas entre 6 y 15 años, establece que tendrán derecho a la prestación de ortodoncia, así como a las demás prestaciones previstas en la citada disposición reglamentaria, sin límite de edad, quienes padezcan una discapacidad física o psíquica que incida directamente en la extensión, gravedad o dificultad de su patología, con independencia de cuál sea su

La cuestión que se plantea es si una paciente menor de edad que tiene reconocido un grado de minusvalía consistente en monoclusión CII de Angle, con mordida cruzada bilateral que incide directamente en la función respiratoria, cumple con los requisitos para disfrutar de la prestación bucodental.

La Sala confirma el criterio del juzgador de instancia, y considera subsumible el supuesto de la menor en el artículo 9.b) del Decreto partiendo para ello de una doble premisa:

- a) La minusvalía psíquica que presenta la paciente.
- b) La patología bucal diagnosticada.

Por lo que “*se colige la necesaria incidencia que en ella producirá la aludida minusvalía, tanto en lo relativo a la extensión como en su gravedad y en la dificultad derivable de la misma*”.

### **II.- STSJ DE GALICIA (SALA DE LO SOCIAL, SECCIÓN, 1ª) NÚM. 3426/2013 DE 27 JUNIO. ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA EN EXTRANJERO POR UNA DOLENCIA RELACIONADA CON UNA PATOLOGÍA PREVIA.**

El supuesto de hecho planteado en la litis es el siguiente: el demandante fue diagnosticado y tratado por el Servicio Gallego de Salud de una enfermedad intersticial pulmonar, cardiopatía isquémica, infarto agudo, diabetes tipo II. En noviembre de 2009 viajó a Panamá y en abril ingresa en un Hospital con fiebre y disnea de varios días de evolución con saturación de oxígeno de 90%, siendo ingresado en cuidados intensivos con hipoxemia severa. Como consecuencia de ello tuvo unos gastos por hospitalización, farmacia, análisis y honorarios médicos de 14.140,44€. A su regreso a España, en junio de dos mil diez, solicitó el reintegro de los gastos sanitarios ocasionados que le fueron denegados.

El Juzgado de lo Social estimó la demanda y condenó al Sergas a abonar al actor la cantidad reclamada por el reintegro de gastos por asistencia médica. Recurrida en suplicación, el TSJ confirma la sentencia de instancia considerando que en el supuesto planteado existe una necesidad de recibir asistencia sanitaria urgente y de carácter vital en los términos exigidos en el artículo 4.3 del RD 1030/2006 de 15 de septiembre e interpretados por la jurisprudencia, citando a estos efectos la STS de 17 de julio de 2007, sin que sea un obstáculo para reconocer el derecho reclamado el hecho de que el beneficiario hubiera sido previamente diagnosticado y tratado en Orense de problemas respiratorios y cardíacos, ya que no existía informe médico que constataste la incompatibilidad de las dolencias con los viajes en avión ni que se le prohibiera viajar.

Entiende el TSJ que en el caso planteado no se puede hablar de una utilización desviada o abusiva del derecho al apreciarse un agravamiento súbito de unas lesiones que estaban estabilizadas, y no acepta las argumentaciones del Servicio Público de Salud de que el demandante fue imprudente por viajar a Panamá vista su patología, o que pudiera haber regresado a España con tiempo para ser tratado, y ello porque como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 abril 2000 *“en los casos de urgencia vital es indiferente que la asistencia urgente se haya necesitado y producido en España o en el extranjero, pues es dable entender que la asistencia sanitaria está garantizada a todos los afiliados a la Seguridad Social cualquiera que sea el lugar donde se encuentren cuando se trate de supuestos que exijan una atención inmediata por existir peligro para la vida o la integridad física del beneficiario de conformidad con el entonces aplicable art. 18 del Decreto 2766/1967.”*

### **III.- STSJ DE ASTURIAS, SALA DE LO SOCIAL, DE 26 DE MARZO DE 2013, Nº 961/2013. NO SE PUEDE EXCLUIR DEL TRATAMIENTO DE FERTILIDAD A MUJER SIN VARÓN.**

Mujer con diagnóstico de esterilidad primaria en paciente sin pareja, a la que se le deniega por el Servicio de Salud del Principado de Asturias las técnicas de reproducción humana asistida porque en las pruebas a las que se sometió no se apreció esterilidad femenina, tan solo la esterilidad primaria (ausencia del factor masculino).

La Sentencia interpreta el apartado 5.3.8 del Anexo III del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, conforme al principio constitucional de igualdad de trato y no discriminación por razón del sexo, de modo que *“no se puede excluir la que en términos médicos se denomina como esterilidad primaria, ya que de lo contrario se estaría obligando a una persona de orientación homosexual a tener relaciones heterosexuales para alcanzar la procreación”*.

Por ello se declara el derecho de la demandante al acceso a este tipo de técnicas, así como el derecho a ser reintegrada de los gastos ocasionados por tener que acudir a la sanidad privada. Conviene precisar que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en su reunión mantenida el día 23 de julio de 2013, optó por excluir de este tipo de tratamientos de fertilidad a las parejas del mismo sexo y a las mujeres solas sin varón, decisión que ha cristalizado en la reciente Orden de 31 de octubre de 2014.

### **IV.- STS DE 21 DE FEBRERO DE 2012. CIRUGÍA ESTÉTICA E INCAPACIDAD TEMPORAL.**

Una mujer trabajadora se somete a una cirugía mamaria por motivos exclusivamente estéticos. Como consecuencia de dicha intervención no pudo acudir a su trabajo durante todo el período de recuperación, por lo que solicita el reconocimiento del derecho a la prestación económica por IT que su Mutua le deniega por tratarse de una intervención que no guarda relación alguna ni con un accidente de trabajo, enfermedad, o malformación genética.

La respuesta del TS es contundente: la cirugía puramente estética, asumida de forma voluntaria y que no guarde relación con accidente, enfermedad o malformación genética, no solo se encuentra excluida del sistema de la sanidad pública, sin recibir por tanto atención sanitaria de la Seguridad Social, sino que en principio tampoco genera el reconocimiento del derecho a obtener un subsidio que cubra el defecto de ingresos producido por la baja temporal en el trabajo.

Nuestro Alto Tribunal tan solo contempla el posible reconocimiento de este derecho para situaciones especiales debidas a complicaciones o patologías que aparezcan como efectos secundarios de la propia intervención, o en los casos de una operación de estética de especial importancia en relación con la profesión del trabajador afectado.

## **CONTRATACIÓN PÚBLICA**

### **I.- RESOLUCIÓN 160/2012, DE 30 DE JULIO DEL TARC. IRREGULARIDAD NO INVALIDANTE POR FALTA DE PUBLICACIÓN EN DIARIO OFICIAL DE UNA MODIFICACIÓN EN EL PLAZO DE PRESENTACIÓN DE SOLICITUDES.**

El Instituto de Salud Carlos III publica el anuncio de licitación del contrato de *“servicio para la realización de reconocimientos médicos a los trabajadores del Instituto de Salud Carlos III”*. El anuncio se publica en el BOE y en el perfil del contratante con fecha 17 de mayo, si bien el día 18 de mayo el citado Organismo publica solo en el perfil del contratante un segundo anuncio del mismo expediente para modificar la fecha límite de presentación de solicitudes.

El TARC no considera que la no publicación de un nuevo anuncio en el BOE sea motivo para declarar

nula la licitación impugnada, ya que de las diferentes causas de nulidad de pleno derecho que prevé el artículo 62 de la Ley 30/1992, la única que podría ser aplicable es la prevista en su letra e) (prescindir del procedimiento establecido), lo que no ha sucedido ya que el procedimiento sí ha sido objeto de publicidad suficiente.

## **II.- SENTENCIA DEL TJUE DE 29 DE ENERO DE 2013. ACCESO A LA DOCUMENTACIÓN DEL LICITADOR ADJUDICATARIO.**

El TJUE confirma la legalidad de la decisión adoptada por el poder adjudicador de limitar el acceso por parte de un licitador a la oferta del licitador seleccionado y de los demás licitadores por motivos comerciales. Esta restricción es inherente al objetivo de las normas de la Unión Europea en materia de contratos públicos de garantizar una competencia no falseada. Para alcanzar ese objetivo es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso, o en procedimientos de adjudicación ulteriores.

## **III.- RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DE 18 DE ABRIL DE 2013, RESOLUCIÓN NÚM. 152/2013.**

Según el TARC, las premisas básicas en materia de acreditación de solvencia son:

- 1.- Los pliegos son ley del contrato y presentar la proposición implica su aceptación incondicional. Si el recurrente no impugnó los pliegos, la solvencia deberá acreditarse según los medios exigidos en los pliegos.
- 2.- Corresponde al órgano de contratación fijar los concretos medios para acreditar la solvencia, con la única limitación de que sean razonables y adecuados.
- 3.- La posibilidad de subsanación se limita a los defectos y omisiones de la documentación presentada para acreditar la solvencia, pero no al cumplimiento del requisito de la solvencia, que ya debe existir con anterioridad a la fecha en la que finaliza la presentación de proposiciones.

Por tanto, no se puede subsanar la existencia del requisito, sólo la insuficiente acreditación del mismo por defectos u omisiones en la documentación.

4.- Justificación de la solvencia con medios de terceros.

El artículo 63 del TRLCSP permite que el licitador pueda acreditar su solvencia basándose en la solvencia y medios de un tercero, con independencia de cual sea el vínculo que mantenga con éste, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de los medios del tercero.

Según el TACRC, es imprescindible que exista una prueba concreta e indubitada de que el licitador dispondrá efectivamente de los medios del tercero para la ejecución del contrato, lo que significa que no son aceptables los compromisos genéricos del tercero sino que debe ser un compromiso claro e incontrovertido, asumiendo concretas obligaciones, y además referido de manera específica al contrato que es objeto de la licitación.

## **PROFESIONES SANITARIAS**

### **I.- STS DE 18 DE MAYO DE 2012, REC 4508/2010. TITULACIÓN Y CIERRE CLÍNICA SANITARIA PRIVADA.**

La inspección sanitaria de la Comunidad de Madrid, detecta que una clínica privada tiene al frente de su unidad asistencial de cirugía estética a un médico que no está en posesión de la titulación de especialista en cirugía plástica, estética y reparadora, por lo que se efectúa un requerimiento formal a la dirección de la clínica para que notifique al facultativo que, en lo sucesivo, se abstenga de realizar actividad quirúrgica en dicha unidad asistencial.

Se plantea si la inspección ha obrado correctamente al no haber otorgado al facultativo afectado trámite de audiencia o período alegatorio. Ninguna de las normas que regulan la actividad de la inspección sanitaria ampara que se deba realizar audiencia, notificación, apertura de alegaciones a favor del facultativo ya que la labor de inspección y control se ejerce con respecto a la actividad y funcionamiento del centro, que es el que tiene que organizar conforme a la legalidad vigente la actividad sanitaria del establecimiento.

La Sala se abstiene de entrar a valorar si un licenciado en medicina y cirugía puede realizar unos actos médicos o no, a pesar de no tener la especialidad mediante la superación de la formación en la misma, afirmando que *“no podemos adentrarnos en el laberinto de lo que constituye las competencias propias del ejercicio profesional de las diferentes especialidades médicas”*.

## II.- STS DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2012, Nº REC 617/2011. COMPETENCIAS DE LOS PROTÉSICOS DENTALES.

Es objeto de impugnación por la Asociación Nacional de Protésicos Dentales Autónomos el RD 887/2011, por no incluir entre las funciones de la profesión sanitaria titulada de protésico dental los actos de *“toma de medidas”* y *“colocación de las prótesis dentales”*. Como viene siendo habitual en este tipo de controversias, la parte recurrente confunde la finalidad propia del reglamento impugnado- establecimiento de las habilidades y aptitudes necesarias que se adquieren en el proceso de formación – por entender de forma errónea que con la aprobación de la disposición normativa impugnada, se persiguen otro tipo de fines- regulación del ejercicio de la profesión en los términos previstos en el art. 36 de la CE, y las facultades o actividades que quedan reservadas a uno u otro profesional-

Por lo que respecta a si las atribuciones profesionales discutidas forman parte o no del núcleo de competencias de los protésicos dentales, el examen de la legislación sanitaria permite desestimar las alegaciones de la Asociación, ya que el RD 1594/1994, dictado en desarrollo de las previsiones contenidas en la Ley 10/1986, deja claro que lo que la parte actora denomina *“toma de medidas protésicas”*, son tomadas por el odontólogo, el estomatólogo o el cirujano máximo- facial, y lo mismo respecto del acto de la colocación, al señalar la citada disposición reglamentaria que son los facultativos los que tienen que realizar este tipo de operaciones.

## III.- STS DE 17 DE ABRIL DE 2013. LA PRESCRIPCIÓN ENFERMERA

El Consejo General del Colegio Oficial de Médicos, interpuso recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre sobre

receta médica y órdenes de dispensación interesando la nulidad del Decreto impugnado en su totalidad

Aduce que ni la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, 44/2003, de 21 de noviembre (LOPS) ni la Ley de Garantías y Uso Racional del Medicamento (LGURM) habilitan ni permiten que los enfermeros diagnostiquen y prescriban.

A tale efecto, traen a colación la redacción actual del art. 77 de la LGURM, y sostienen que el Decreto combatido contraviene la citada disposición legal pues, bajo el subterfugio de expresiones como *“indicar”*, *“ordenar”* o *“autorizar”* *“la utilización de los medicamentos”* y los *“productos sanitarios”*, está permitiendo a los Enfermeros, en contra de la LGURM y de la LOPS, que prescriban, cuando resulta que la acción de prescribir, no sólo forma parte del contenido esencial de la profesión del médico (y del odontólogo, respecto de las enfermedades bucales y del Podólogo en relación al tratamiento de los pies), sino que la propia Ley ya la ha reservado a dichos profesionales.

Sin embargo, el TS deja bien claro que el RD impugnado no es el concernido por el apartado tercero del art. 77.1 de la LGURM, que establece:

*“El Gobierno regulará la indicación, uso y autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica por los enfermeros, en el marco de los principios de la atención integral de salud y para la continuidad asistencial, mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial, de elaboración conjunta, acordados con las organizaciones colegiales de médicos y enfermeros y validados por la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud”*

El RD impugnado desarrolla los apartados primero -receta médica y orden de dispensación hospitalaria- y segundo -orden de dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica y productos sanitarios-. Es decir aún se desconocen tanto el listado de medicamentos concernidos como las condiciones que enfermeros (y obviamente enfermeras) deberán cumplir para poder indicar y autorizar la dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica.

Pero en todo caso, la Sala recuerda que la prescripción por el médico de medicamentos sujetos a receta médica no se ve alterada. La novedad introducida en el apartado tercero del art. 77.1 de la LGURM

radica en que el enfermero podrá indicar el uso de medicamentos sujetos a prescripción médica, es decir tras haber sido recetados por el médico, mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial validados por la Agencia de Calidad del SNS. Sin embargo dicha previsión legal se encuentra aún pendiente de desarrollo.

La Sentencia incorpora un voto particular por entender que los artículos 1.c) y 4.3 del Real Decreto impugnado donde el Gobierno ha venido a autorizar a los enfermeros la dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica, a pesar de que, aparentemente, contempla exclusivamente la dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica a que se refiere el párrafo segundo del artículo 77.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio.

El magistrado discrepante considera que on los artículos 1.c) y 4.3 del Real Decreto impugnado en este proceso donde el Gobierno ha venido a autorizar a los enfermeros la dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica, a pesar de que, aparentemente, contempla exclusivamente la dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica a que se refiere el párrafo segundo del artículo 77.1 de la LGURM.

El voto particular pone de manifiesto que la situación actual compromete gravemente el principio de seguridad jurídica, por cuanto del contenido de los cuatro párrafos del artículo 77.1 y de la Disposición Adicional Duodécima de la LGURM redactados por la Ley 28/2009, de 30 de diciembre, dejan la incertidumbre de si los enfermeros están facultados para autorizar la dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica.

Por otra parte La Exposición de Motivos de la Ley 28/2009 menciona el artículo 7.2.a) de la LOPS para justificar la intervención de los enfermeros en esa prescripción de medicamentos, pero esta norma sólo atribuye a los enfermeros la dirección, evaluación y prestación de cuidados de enfermería y la prevención de enfermedades o discapacidades. Dicho precepto legal no les confiere la realización del acto médico por excelencia de definir la enfermedad o patología mental ( diagnóstico) y determinar el tratamiento a seguir.

Así pues, el art. 77 y la D.A. Duodécima de la LGURM, al encomendar a través de la regulación del Gobierno atribuciones a los enfermeros que carecen de la correspondiente equivalencia en la determinación

legal de sus funciones profesionales, se estaría infringiendo el artículo 36.1 de la Constitución. Es decir, no se estaría respetando la reserva de ley en materia de profesión titulada para los DUE.

#### **IV.- STC 3/2013, BOE 37/2013, DE 12 DE FEBRERO DE 2013, REC. 1893/2002. LA COLEGIACIÓN DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS EMPLEADOS PÚBLICOS.**

La STC de 17 de enero de 2013 reviste una gran trascendencia a estos efectos. El inciso de la Ley andaluza de colegios profesionales objeto de impugnación exime de la colegiación forzosa a los empleados públicos que realizan actividades propias de una profesión colegiada por cuenta de las Administraciones públicas andaluzas, cuando sus destinatarios son ciudadanos o terceros. Así pues el TC se pronuncia sobre la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía para eximir de la colegiación a los funcionarios, personal estatutario y laboral que realiza su actividad profesional al servicio exclusivo de la Administración y siempre que dicha actividad vaya destinada a terceros, usuarios del servicio público.

De acuerdo con el texto de la Sentencia, el inciso impugnado, al eximir de la colegiación obligatoria a los empleados públicos cuando ejercen la profesión por cuenta de la Administración, establece una excepción no contemplada en la Ley estatal de Colegios Profesionales. La STC señala que *“al eximir de la colegiación obligatoria a los empleados públicos, cuando ejercen la profesión por cuenta de la Administración, establece una excepción no contemplada en la Ley estatal de Colegios Profesionales, tal y como se razonó en el FJ 6 de esta resolución. Siendo competente el Estado para establecer la colegiación obligatoria, lo es también para establecer las excepciones que afectan a los empleados públicos a la vista de los concretos intereses generales que puedan verse afectados, motivo por el cual debemos declarar que el inciso impugnado ha vulnerado las competencias estatales, y por tanto, su inconstitucionalidad.*

El propio Tribunal Constitucional había confirmado la legalidad de la excepción a la colegiación obligatoria de los funcionarios poniendo el acento en el dato de que sea la Administración la destinataria inmediata de sus servicios. Siendo así, *“la exigencia de colegiación obligatoria no se presenta como un instrumento necesario para la ordenación de la actividad profesional de estos funcionarios para garantizar su correcto funcionamiento y los intereses de*

*quienes son los destinatarios de los servicios prestados por ellos”* (STC 6/2005, de 17 de enero), doctrina de la que se han hecho eco a su vez los Tribunales ordinarios de Justicia, como ha sido el caso del TSJ de la CAM que en Sentencia de 27 de enero de 2000 establece que el contenido del artículo 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales permite entender que el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia, de forma que *la colegiación obligatoria cobra sentido cuando se ejerzan las profesiones en régimen de libre competencia, lo que no sucede cuando se desarrolla la actividad de forma exclusiva por cuenta de la Administración*. En tal caso –interpreta el Tribunal– la actividad a desarrollar no se encuentra dentro de lo previsto en el artículo 36 de la Constitución, sino en el artículo 103 de nuestra Carta Magna.

Las consecuencias de esta Sentencia ya se están haciendo notar. Recientemente el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Sevilla, ha dictado Sentencia nº 55/2013, de 31 de enero de 2013, en la que se enjuiciaba la pretensión de la recurrente, enfermera empleada pública, que solicitaba formalmente la baja en su colegio profesional por no ser un requisito esencial para el desempeño de sus funciones estar colegiada, todo ello conforme a lo previsto en la Ley de Colegios Profesionales de Andalucía.

Sin embargo el juez desestima el recurso a la vista de la reciente STC de 17 de enero de 2013 que ha declarado inconstitucional las excepciones al requisito de la colegiación obligatoria de los empleados públicos prevista en la legislación autonómica por tratarse de una competencia estatal.

## **RESPONSABILIDAD SANITARIA**

### **I.- STSJ DE MADRID DE 3 DE ENERO DE 2012. REC 442/2010. ENFERMEDAD RARA.**

Los padres de un niño de corta edad acuden en repetidas ocasiones al Servicio de Urgencias del Hospital Gregorio Marañón por sufrir diversas fracturas, lo que levanta las sospechas de los profesionales sanitarios que deciden poner en marcha el protocolo por sospecha de malos tratos, y solicitar a la Comisión de tutela del menor que se haga cargo del niño.

Tras conocer los médicos que los antecedentes maternos podían explicar las múltiples fracturas del

niño, se realizan las pruebas genéticas correspondientes que confirman que el niño tiene osteogénesis imperfecta.

Los padres reclaman por el error de diagnóstico motivado por falta de pruebas médicas, y el retraso en la realización de estudios genéticos, y por otra parte, por la situación de privación de vida del menor y sus progenitores, por lo que solicitan una indemnización por daños morales, derivados precisamente de la declaración del menor en situación de desamparo.

La Sala desestima la pretensión indemnizatoria de la parte recurrente ya que en estos casos debe prevalecer el interés del menor, se activaron los protocolos ante las sospechas de malos tratos a la vista de las fracturas y lesiones, y se efectuaron las comprobaciones oportunas por los Servicios Sociales.

Por lo que respecta al retraso en el diagnóstico de la enfermedad, la Sala recuerda que estamos ante una enfermedad que *“está catalogada en el grupo de desórdenes genéticos que principalmente, pero no solo, afectan a los huesos y están dentro del grupo conocido como “enfermedades raras” (...) Los síntomas pueden confundirse con los síndromes del niño maltratado en cualquiera de sus manifestaciones”*.

### **II.- STS DE 3 DE ABRIL DE 2013, REC 1464/2011. HABERSE SOMETIDO CON ANTERIORIDAD A UNA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA IDÉNTICA NO EXIME DEL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMAR AL PACIENTE.**

Haberse sometido a una intervención de cataratas hace tres años no exime del deber de informar y recabar por escrito el consentimiento del paciente para que someterse a otra intervención quirúrgica por la misma patología en el otro ojo. Como afirma el Supremo *“Tal información no puede deducirse exclusivamente de una intervención tres años antes y de un apunte en las hojas de enfermería, sino que debe constatarse y evidenciarse con claridad por parte de los profesionales que asisten al paciente...”* y prosigue señalando que *“no es lógico, por no existir un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, deducir de aquél hecho o circunstancia de que como la paciente se había sometido hacía tres años a otra catarata, conocía los riesgos específicos, cuando las técnicas son distintas, la actora había perdido la visión del otro ojo, posible incidencia del desprendimiento de retina, etc, o que en la HC se*



*hubiera anotado la entrega de un documento que no sabemos si precedía a alguna información o simplemente a la entrega del mismo”.*

### **III.- STS DE 4 DE DICIEMBRE DE 2012, REC 6157/2011. MUTUALISMO ADMINISTRATIVO**

Se discute si existe o no responsabilidad por parte de la Administración del Estado en aquellos casos en los que el mutualista que ha sufrido algún daño como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida, ha optado por recibir atención sanitaria de una entidad aseguradora privada concertada.

En el presente caso los hechos tuvieron lugar antes de la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, un dato crucial ya que tanto la citada Ley como el vigente TRLCSP establecen que los conciertos que establezcan las entidades mutualistas para la prestación de asistencia sanitaria, tendrán la naturaleza de contratos de gestión del servicio público, y por tanto, se regularán por lo previsto en la normativa especial de cada mutualidad, y en lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público.

Conforme a esta previsión, la responsabilidad de la Administración solo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración, de modo que no habría responsabilidad alguna por parte de MUFACE ya que no se ha probado que el daño derive de actuación administrativa alguna.

Sin embargo la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada frente a MUFACE lo fue antes de la entrada en vigor de la LCSP, y por tanto, resulta plenamente aplicable la doctrina anterior recogida en la STS de 24 de mayo de 2007, que partiendo de una interpretación amplia de la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/1992, señalaba que la existencia del concierto, tratándose de una asistencia sanitaria prestada con base al mismo, no excluye en modo alguno la existencia de una posible responsabilidad patrimonial de la Administración. Conforme a esta doctrina, carece de relevancia a los efectos de determinar la responsabilidad de la entidad mutualista que ésta no haya prestado la atención sanitaria y que haya sido la entidad concertada libremente elegida por el mutualista, ya que *“no se pueden oponer las concretas cláusulas del concierto a quién tiene el carácter de tercero en relación al articulado del concierto.”*

### **IV.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2012. Nº DE REC 5637/2011. CESÁREA Y EL DERECHO DE LA MUJER EMBARAZADA A ELEGIR LA VÍA DE FINALIZACIÓN DEL PARTO.**

La recurrente acude al Hospital Clínico Universitario de Zaragoza con síntomas de parto. El parto es atendido por dos residentes de ginecología, de primer y cuarto año, si bien más tarde se sumó la facultativa especialista en obstetricia y ginecología que fue quién aplicó el fórceps ante la falta de colaboración materna y la alteración de la frecuencia cardíaca fetal.

El menor tiene reconocido un grado de discapacidad del 53% debido a las complicaciones en el momento del parto.

Uno de los motivos articulados por la parte recurrente se refiere a la deficiente información recibida por la paciente y sus familiares con infracción de lo previsto en los artículos 2 y 4 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre, y a que no se le proporcionó información respecto a métodos alternativos (cesárea).

La Sala admite que tanto el embarazo como el parto no se sustraen de la aplicación de los principios y previsiones contenidas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, pero lo cierto es que adquiere unas características esenciales que lo configuran como un acto médico con singular naturaleza.

Asimismo reconoce que las futuras madres puedan mostrar ciertas preferencias en cómo se va a desarrollar el acto del alumbramiento pero sujetas a las previsiones de garantizar la salud tanto para la madre como para el hijo, y por tanto, el acto de información y consentimiento ha de situarse respecto a las posibles complicaciones que pueden manifestarse en esos momentos.

A partir de estas premisas la Sala se muestra claramente a favor de la autonomía científica y técnica del profesional sanitario y afirma que *“la cesárea no puede configurarse como una alternativa al parto vaginal de libre decisión para la madre, ya que la misma supone un riesgo de intervención quirúrgica invasiva a considerar por los profesionales médicos en toda su extensión (...) es el profesional médico el que ha de observar si concurren los presupuestos que determinan la ejecución de una cesárea”.*

En el caso que enjuicia el TS, se considera acreditado que el parto vaginal era el indicado, como también lo

fue el empleo del fórceps, y por lo que respecta a la falta de información respecto de las complicaciones que se iban produciendo, señala que se evidenciaron con ocasión del parto y, por tanto, sin capacidad para poder comunicar no solo su existencia, sino también los términos y extensión concreta del mismo. No existían sospechas de feto macrosómico ni tampoco de vueltas de cordón sobre el cuello del feto hasta que se produjo el desarrollo del parto, sin que fuera posible un cambio de estrategia hacia la cesárea por concurrencia de otras circunstancias.

### **FARMACIA Y PRODUCTOS SANITARIOS**

#### **I.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 22 DE MAYO DE 2013, Nº DE REC 1/2013. REQUISITOS EXIGIDOS PARA LA DECLARACIÓN DE INNOVACIÓN GALÉNICA DE INTERÉS TERAPÉUTICO DE UN MEDICAMENTO AUTORIZADO**

La cuestión litigiosa versa sobre los requisitos exigidos para la declaración de innovación galénica de interés terapéutico de un medicamento autorizado.

La solicitud presentada por el laboratorio le fue denegada por la AEMP, y el recurso de reposición, desestimado por silencio administrativo negativo. El laboratorio considera que el silencio en este caso es positivo. Sin embargo la AN considera que en este caso no rige la regla general del silencio positivo; la innovación solicitada debe tener un “*interés terapéutico*”, debe suponer una “*mejora terapéutica significativa*”, lo que llama a una labor de apreciación técnica, de modo que el automatismo del silencio administrativo positivo no se compagina con la adquisición de una facultad para cuyo otorgamiento se exige un juicio valorativo de carácter técnico.

Por lo que respecta a los argumentos empleados tanto por la Sentencia objeto de impugnación como en la resolución de instancia de la Administración en relación a la falta de concurrencia en este caso de los requisitos exigidos por el Ordenamiento, la mercantil considera que tanto la Administración como el juzgador han inventado un requisito no contemplado en el art. 3 de la Orden 3095/2010, que deba tener la misma indicación terapéutica que los medicamentos ya comercializados.

La Audiencia Nacional confirma la legalidad de este otro requisito para obtener la declaración de innovación galénica de interés terapéutico, ya que la razón

de ser de este requisito se justificaría en que de no existir dicha indicación previa, nunca podrá hacerse un término de comparación válido acerca de la utilidad terapéutica del producto basada en su eficacia, seguridad o utilidad.

#### **II.- STSJ DE GALICIA DE 12 DE ABRIL DE 2013, Nº REC 4512/2012. LOS LÍMITES ECONÓMICOS DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA.**

Paciente diagnosticado de “*hemoglobinuria paroxística nocturna*”, que solicita del Servicio Gallego de Salud se autorice la dispensación efectiva del medicamento denominado “*Soliris 300 mg*” habida cuenta de su comprobada eficacia terapéutica respecto de tan rara patología, medicación que le ha sido recomendada, conforme a lo dispuesto en la “*Guía clínica HNP de consenso español para diagnóstico y tratamiento de la hemoglobinuria paroxística nocturna*” elaborado por el grupo de trabajo de la Sociedad Española de Hematología y Hemoterapia, por un médico del SNS, facultativo especialista de referencia a nivel nacional.

La Comisión Autonómica Central de Farmacia y Terapéutica no opina lo mismo, y le comunica al paciente que no procede la autorización solicitada ya que no cumplía los criterios establecidos por dicho órgano de asesoramiento para la dispensación de aquél medicamento, cuyo coste por paciente/año asciende a 377.182 €.-

Desde un punto de vista meramente formal, la resolución de la citada comisión incurre en nulidad competencial al apartarse el citado órgano colegiado de su ámbito exclusivo de actuación, a saber, el ámbito de asesoramiento técnico-interno y de elaboración de recomendaciones según lo previsto en su propia norma de creación (Orden de 9 de abril de 2010).

Desde el punto de vista sustantivo estamos ante una clara vulneración del derecho fundamental a la integridad física ( art. 15 de la CE), cuya conexión con el art. 43 de la CE (derecho a la protección de la salud) ha sido puesta de manifiesto por nuestros Tribunales en reiteradas ocasiones (ATC de 12 de Diciembre de 2012), así como del derecho a la obtención de medicamentos y productos sanitarios (art. 10.14 de la Ley 14/1986), “*al denegarse de facto a dicho paciente promovente y mediante su injustificada inactividad (de la Administración) al respecto la dispensación de aquél fármaco inclusive médico-oficialmente*

*interesado, en cuanto única opción terapéutico-medicamentosa autorizada y homologada (...) única alternativa medicamentosa susceptible de cronificar su rara patología y hacerle llevar una vida prácticamente normal...”*

En efecto, la Administración Sanitaria de la Xunta, a partir del empleo de argumentos científicos claramente desfasados y equivocados a tenor de lo dispuesto en la citada Guía Clínica elaborada por la Sociedad Española de Hematología y Hemoterapia, y sin otra aparente motivación que la del “*ahorro*”, prescindió del criterio médico (vulneración del art. 6.2.a) de la LOPS) en un caso en el que el único medicamento con eficacia terapéutica probada, y sin alternativa farmacológica en el mercado, era el solicitado por el recurrente.

Por todo ello la Sala considera que la inactividad prestacional institucional-sanitaria consistente en la no dispensación efectiva del medicamento denominado “*Soliris 300 mg*” incurre en vicio de nulidad de pleno derecho, y condena al Servicio de Salud a que proceda a su efectiva y material dispensación durante todo el tiempo de tratamiento que el médico, a cuyo cargo estuvo el paciente, considere preciso.

Al margen de las consideraciones jurídicas, la cuestión de fondo que subyace en esta resolución judicial sería ¿Debe el sistema sanitario atender todas las patologías por muy costosas que éstas puedan llegar a ser?. Esta interrogante entronca directamente con la relevancia que adquiere el principio de justicia distributiva, y si resulta factible establecer un modelo justo de distribución equitativa de los recursos sanitarios. ¿Cómo fijar un nivel mínimo y adecuado de cobertura sanitaria para toda la población? ¿Es posible proporcionar asistencia sanitaria igual para todos y que al mismo tiempo sea la mejor? ¿El derecho a la asistencia sanitaria es un derecho de contenido ilimitado?

A modo de ejemplo, y para ilustrar mejor los términos del debate, cabría traer a colación el controvertido caso del “*Ceprotín*” en nuestra Comunidad Autónoma durante el año 2003. El Servicio de Salud de Castilla-La Mancha tuvo que hacer frente a la reclamación de cantidad formulada por la empresa Baxter por el suministro del medicamento de concentrado de proteína C “*CEPROTÍN*” a diversos hospitales dependientes del Sescam para el tratamiento de pacientes diagnosticados de déficit de homocigoto

de proteína C, presentando púrpura fulminante y necrosis cutánea. El P.V.L. aprobado por la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios era de 1.000 € 1 vial, 500 UI, y 2.000 € 1 vial de 1.000 UI. La cuantía reclamada por la empresa al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha ascendía a 2.868.353 €, y el nº de pacientes afectados por esta patología en toda la región eran: dos personas.

Así pues, en el ámbito de la sanidad pública todas estas cuestiones adquieren una relevancia trascendental, debido a que la asignación de los finitos recursos sanitarios debe realizarse atendiendo a un criterio que no debería estar relacionado con la capacidad de pago del ciudadano, como es la “necesidad” del paciente, y ahí es donde radica, a mi modo de ver, la grandeza de nuestro Sistema Nacional de Salud. El problema, entre otros muchos, es que no parece existir un consenso claro acerca del verdadero significado del concepto “*necesidad*”. Por ejemplo, para el CI del SNS lo que hasta el mes de julio de 2013 representaba una necesidad- el acceso a los tratamientos de fertilidad por parte de mujeres solas sin varón- deja de serlo para convertirse en un “*deseo*”.

El gran dilema ético al que se enfrenta en nuestros días la sanidad pública no es otro que conciliar “*equidad*” y “*eficiencia*”, aplicar políticas de priorización de recursos que sean *justas*, y que, en todo caso, bajo mi punto de vista, deberían contribuir a mejorar la situación de los ciudadanos más necesitados, de aquellos que, como decía Rawls, no han sido favorecidos por la lotería natural (salud) ni social (integración socio-laboral).

Platón, en el Libro III de la República reconoce el dilema que representan las expectativas infinitas y los recursos finitos, y concluye que carece de sentido el tratamiento prologando de las enfermedades crónicas si la medicina no puede hacer que el ciudadano vuelva a sus quehaceres habituales. Una adaptación de la visión platónica de la atención sanitaria a nuestros días supondría prescindir de todos aquellos tratamientos cuyas posibilidades de éxito son escasas, la calidad y cantidad de vida que pueden garantizar son reducidas, y el coste económico, elevado. Ésta es la esencia del algoritmo de H. T. Engelhardt (Fundamentos de Bioética), y así está previsto en nuestra legislación sanitaria (art. 5.3 del RD 1030/2006, de 15 de septiembre).

### **III.- STSJ DE MADRID, DE 16 DE MAYO DE 2013, Nº 366/2013. LIBERTAD DE PRESCRIPCIÓN Y MEDIDAS DE CONTECIÓN DEL GASTO FARMACÉUTICO**

El Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos impugna la Instrucción aprobada por el DG de Coordinación Territorial del Ministerio del Interior, dirigida a los Centros Penitenciarios, sobre prescripción de medicamentos, por considerar que dicha Instrucción vulnera los artículos 85 y 86 de la LGURM al permitir que se pueda sustituir un medicamento por otro de diferente composición y estructura química.

La referida Instrucción incorpora en su Anexo un programa de intercambio terapéutico de obligado cumplimiento en las Instituciones Penitenciarias, conforme al cual se prevé la sustitución por el fármaco del medicamento prescrito por el facultativo por otro medicamento equivalente terapéutico, regulando a tal un efecto un procedimiento en el médico podrá formular sus alegaciones caso en el que se oponga al criterio del farmacéutico.

Esta Instrucción se enmarca en la política de racionalización del gasto público, y como señala la Sentencia, esa racionalización del gasto público debe primar sobre la libertad de prescripción médica en el ámbito de la sanidad pública, pues como señala la Sentencia dicha libertad *“se encuentra mediatizada cuando su actuación profesional se desarrolla en el ámbito público en el que han de cohonestarse los principios de racionalización del gasto público con la eficiencia del tratamiento”*.

Pero es que en este caso la Sala no aprecia que exista vulneración alguna de los preceptos legales antes citados pues el médico prescriptor debe ajustarse en todo caso a las previsiones recogidas en la Guía Farmacoterapéutica de IIPP, que recoge el catálogo de medicamentos que la Administración Sanitaria ha establecido, y frente a ella no puede primar la libertad de prescripción.

### **INTIMIDAD Y DATOS PERSONALES**

#### **I.- SENTENCIA DE LA AN , 971/2013, Nº DE REC 442/2011. IDENTIDAD DE LOS PROFESIONALES QUE ACCEDEN A LA HC.**

La reclamante había solicitado acceder a los nombres de los profesionales que habían tenido acceso a su

historia clínica, solicitando la identificación de su categoría profesional y el departamento al que están adscritos.

El INSS contestó que, tras la inspección llevada a cabo, el personal que había accedido a los datos personales y médicos de la interesada contaba con la suficiente justificación y acreditación.

La Sentencia desestima el recurso interpuesto por la interesada por considerar que no ha habido cesión de datos a terceros, sino que se trata de un supuesto de acceso ajustado a la legalidad vigente (artículos 6.2 y 7 de la LOPD, art. 16.5 de la Ley 41/2002, y art. 40 de la LGSS).

Sin embargo la Sentencia no llega a pronunciarse sobre si el ejercicio del derecho de acceso permite que se pueda conocer la identidad de los profesionales que han tenido acceso a los datos personales.

#### **II.- AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, SEC. 4ª, S 20-5-2013, Nº 341/2013, REC. 130/2013. REVELACIÓN DE SECRETO.**

La Audiencia Provincial de Valencia revoca la condena por un delito de revelación de secretos a la psicóloga que emitió un informe pericial sobre un menor en un proceso de divorcio solicitado por parte de la madre.

La acusada mantuvo diferentes entrevistas en los años 2006 y 2007 con el menor y sus progenitores después de que la psicopedagoga del colegio apreciara un problema. Posteriormente la psicóloga pasó a prestar sus servicios profesionales únicamente a la esposa como paciente.

La madre del niño le pidió que elaborase un informe para aportarlo al juzgado donde se estaba tramitando su proceso de divorcio. Dicho informe fue impugnado por el padre que alegó quebrantamiento del secreto profesional. Tras estos hechos, el padre presentó una denuncia al considerar que la psicóloga había revelado información que obtuvo con motivo de su relación profesional previa con ambos progenitores.

La AP considera que:

- 1.- Si bien es cierto que el artículo 10.3 de la Ley General de Sanidad establece el derecho de los ciudadanos a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y estancia en

instituciones sanitarias, la Sala no aprecia que la actuación de la acusada suponga incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, ni divulgación de secretos.

2.- Los datos que contempla este informe son relevantes por afectar a un menor, y agrega que su aportación al juicio no constituye violación alguna del derecho fundamental a la intimidad que le asiste al progenitor, *“pues lo contrario daría lugar al absurdo jurídico de no permitir la aportación a juicio de informes periciales, legítimamente emitidos, que pudieran ser determinantes o decisivos al objeto del procedimiento, como es el caso”*.

3.- No se trata de difundir derechos básicos de la esfera íntima del ser humano en el ámbito de su personalísima intimidad, sino de una actividad legítima desarrollada reservadamente en el ámbito del proceso civil, *“al no tratarse de un acceso indebido a la fuente de los datos sin estar autorizado”*.

4.- Cuando se trata de preservar derechos constitucionales en los que entra el juego el interés superior de un menor de edad, *“deben ceder a favor del mismo en estricta aplicación del artículo 1 de la Ley Orgánica de Protección del Menor, sobre todo cuando está en juego la guarda y custodia del mismo”*.

### **III.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 2 DE JULIO DE 2013, N° DE REC 519/2011. MEDIDAS DE SEGURIDAD ARCHIVO DE DATOS MÉDICOS.**

Desde dos terminales ubicados en el muelle de recepción de mercancías del Hipercom de Barcelona, se denuncia que se pueden visualizar los análisis clínicos de trabajadores de la empresa. En la inspección realizada por la AEPD se verifica que el acceso a los ordenadores requiere de una contraseña y un código de usuario. El usuario lo proporciona por defecto el sistema, y la contraseña es la misma que el código de usuario.

Una vez reiniciado el equipo se visualiza un escritorio con varios iconos, y uno de ellos lleva por nombre *“Servicio Médico”*. Al acceder a esta carpeta se comprueba que contiene un documento de Word denominado *“resultados analíticas”*. Los análisis clínicos de los 300 empleados se realizan por un servicio

contratado por el centro para los reconocimientos médicos del personal, y todo apunta a que el archivo en cuestión es una copia que ha realizado el Servicio Médico, y que por error de seguridad son accesibles por usuarios ajenos a dicho servicio.

La AN desestima el recurso interpuesto por la empresa contra la sanción- 20.000 €- de la Agencia Española de Protección de Datos por infracción del art. 9.1. de la LOPD, y recuerda que:

*“No basta con la adopción de cualquier medida, pues deben ser las necesarias para garantizar aquellos objetivos que marca el precepto. Y por supuesto no basta con la aprobación formal de medidas de seguridad, pues resulta exigible que aquéllas se instauren y pongan en práctica de manera efectiva. Así, de nada sirve que se aprueben unas instrucciones detalladas sobre el modo de proceder para la recepción y destrucción de documentos que contengan datos personales si luego no se exige a los empleados de la entidad la observancia de aquéllas instrucciones”*.

En este caso es evidente la ausencia de diligencia en la custodia de la documentación, ya que se podía acceder sin dificultad a este tipo de información.

## **RECURSOS HUMANOS**

### **I.- SENTENCIA DEL TS DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2012 REC 5887/2012. PLAN DE ORDENACIÓN DE RECURSOS HUMANOS Y POTESTAD ORGANIZATIVA.**

Se interpone recurso de casación por el Sindicato Médico Profesional de Asturias contra la Sentencia del TSJ de Asturias que desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se aprueba el Plan de Ordenación de RRHH del Principado de Asturias.

El primer motivo en el que se funda el recurso es la falta de cuantificación numérica y concreta, distribuida por categorías, de los efectivos de personal que en un futuro resultarán precisos para cumplir los objetivos fijados.

La Sala no comparte la tesis del Sindicato ya que las necesidades asistenciales y sanitarias son variables y por tanto, sujetas a cambios, *“una concreción tan absolutamente como la que reclama el Sindicato*

*provocaría un efecto nada deseable y contrario al objetivo que debe perseguir este instrumento de planificación global de los recursos humanos”.*

En segundo lugar, el Sindicato cuestiona la medida prevista en el Plan con la que se pretende resolver las dificultades de cobertura de plazas en centros hospitalarios periféricos. Para ello, el Plan incorpora un criterio de promoción geográfica que posibilite que los profesionales que llevan algún tiempo ejerciendo sus funciones en Áreas Sanitarias de la periferia puedan gozar de cierta preferencia para acercarse a las próximas a la capital.

A juicio del Tribunal estamos ante una medida que se ubica en el ámbito de la potestad de autoorganización para cuyo ejercicio la Administración dispone de un amplio margen de discrecionalidad.

El Sindicato también cuestiona la opción del sistema de libre designación para la provisión de las Jefaturas y mandos intermedios, y es aquí donde sí encuentran respuesta satisfactoria la pretensión de la organización sindical. Como señala la Sentencia *“no es asumible la previsión genérica que contiene el Plan configurando como libre designación, con carácter general e indiscriminado, los puestos de trabajo referidos a Jefaturas y mandos intermedios”.*

Por último, el sindicato manifiesta su discrepancia con la regulación contenida en el Plan sobre la prolongación del servicio activo con posterioridad a la edad de jubilación forzosa. El Plan admite la prolongación en aquéllos supuestos en que la Dirección Gerencia del Servicio de Salud aprecie, de manera justificada, carencia de profesionales con la cualificación y competencias requeridas.

El Tribunal no aprecia ilegalidad alguna por entender que la redacción del Plan nos remite a unas circunstancias objetivas que puede conocer el interesado, y que le proporcionan elementos ciertos que permiten la tutela judicial correspondiente.

## **II.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA 155/2013, DE 21 DE FEBRERO DE 2013. ESTATUTARIZACIÓN DE LA INSPECCIÓN MÉDICA DEL SERVICIO DE SALUD.**

Se cuestiona la legalidad de la Orden por la que se convoca el proceso para la integración en las categorías estatutarias creadas por la Ley 6/2010, de 24 de junio, de creación de las categorías de personal

estatutario de inspección y evaluación de servicios sanitarios y prestaciones, del personal funcionario perteneciente a la Escala Superior y Técnica, de Inspección y Evaluación Sanitaria de la JCCM.

La recurrente considera que con la Orden ahora combatida no se pretende en realidad un proceso de integración como los ya realizados en ocasiones anteriores, en los que sí era factible conforme a la D.A. Quinta del EM, sino que, en este caso, se trataría en realidad de un trasvase de personal de una organización a otra de naturaleza totalmente distinta, ya que la discutida integración no resulta posible en un cuerpo funcional específico como es el Cuerpo de Inspección Sanitaria por su especificidad funcional.

La Sala desestima el recurso interpuesto y considera que la Orden en cuestión, que reproduce la Ley 6/2010, de 24 de junio, no incurre en ilegalidad alguna. La citada Ley, considera la Sala, ha sido aprobada por la Comunidad de CLM en virtud de las competencias previstas en el Estatuto de Autonomía – artículos 32 y 33- sin que por tanto se pueda apreciar la existencia de extralimitación competencial alguna, no se invaden las competencias estatales cuestionadas por la interesada –art. 149.1.17 de la CE-

Por lo que respecta a la falta del informe de la Comisión Superior de Personal (art. 1 de RD 349/2001), la Sala precisa que dicho informe *“no sería exigible en supuestos como el de autos, es decir, de la aprobación de una Ley autonómica, pues, aparte que nos hallamos ante un proceso de integración voluntario, la disposición adicional decimosexta de la Ley 30/1984, no puede ser interpretada (...) como una disposición dirigida al poder legislativo autonómico...”.*

## **III.- SENTENCIA TSJ CLM 120/2013, DE 8 DE ABRIL DE 2013. CONVERSIÓN NOMBRAMIENTO SUSTITUCIÓN EN NOMBRAMIENTO DE INTERINIDAD.**

La Sentencia establece que en el caso del personal estatutario temporal con nombramiento de sustitución por una IT, la declaración de IP del trabajador sustituido provoca el cese del sustituto (art. 9.4 del EM), que es lo correcto, y en aplicación de un Acuerdo sindical existente a nivel de centro del año 1999, declara que el posterior contrato de interinidad para cubrir la plaza vacante debe ser ofertado al mismo trabajador que ya venía sustituyendo al trabajador ausente. La Sentencia, que no admite recurso, avala la aplicación

de este Acuerdo y considera que no resulta aplicable el Pacto de Selección Temporal del Sescam de 2004. No obstante se puede cuestionar la aplicación del citado Acuerdo por resultar contrario a anteriores pronunciamientos del TSJ sobre cuestiones similares.

Así, cabría traer a colación la STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de noviembre de 2010 en la que se afirma que el EM no tolera la continuidad del personal temporal sustituto como interino. En efecto, en el caso en que el titular pierda su derecho a reincorporarse a su plaza de origen (por ejemplo, en el caso de jubilación), la Ley exige el cese aunque ni el titular de la plaza ni ningún otro vayan a incorporarse.

Este mismo criterio habría que aplicar igualmente para el caso del personal temporal interino, pues “es inútil pretender hacer una interpretación no formal del art. 9.2, permitiendo la transformación directa del interino en sustituto cuando el art. 9.4 de la ley demuestra que un mero cambio de situación jurídica en el titular, que deja la plaza exactamente igual de falta de cobertura, y que se produce sin solución de continuidad alguna, es causa para el cese. Tan solo cabría defender la permanencia del personal sustituto en los casos en los que el cambio en la situación jurídica del titular de la plaza no suponga pérdida de la reserva de la misma (por ejemplo, baja médica derivada de embarazo y posterior pase a licencia por maternidad).

#### **IV.- SENTENCIA DEL TSJ DE CLM 121/2013, DE 8 DE ABRIL DE 2013. SUSTITUCIÓN E INTERINIDAD.**

El TSJ vuelve a pronunciarse sobre la aplicación del art. 9.4 del Estatuto Marco (EM) y el Pacto de Selección Temporal de las II.SS. del Sescam.

En este otro caso la recurrente recibe nombramiento como personal estatutario temporal por sustitución, si bien poco tiempo después es la propia trabajadora la que pasa a situación de I.T., siendo a su vez sustituida por otra trabajadora. Es esta empleada, y no la anterior que recordemos se encontraba aún en I.T. la que es nombrada para cubrir la vacante por la declaración de la persona titular de dicha plaza en excedencia voluntaria. El fondo del asunto sería si este último nombramiento es ajustado a Derecho, o si por el contrario debería haberse ofrecido a la trabajadora que desde un principio fue nombrada para sustituir a la persona titular de la plaza.

La Sala considera en este caso que resulta aplicable el Pacto de Selección Temporal que exige el

cumplimiento del requisito de “poseer la capacidad funcional necesaria para el desempeño de las funciones que se deriven del correspondiente nombramiento”, exigencia que no cumplía la recurrente por encontrarse en situación de incapacidad temporal, de modo que de haber obrado la Administración en sentido distinto:

a) Se perjudicaría notablemente la prestación del servicio público por un doble motivo: por el retraso en la cobertura del puesto, así como por “el aumento de gasto público que comportaba la sustitución sucesiva para un solo puesto de trabajo”.

b) “No tendría sentido una sustitución de contenido imposible, como sería aquella que confiere adscripción para el desempeño temporal de un puesto de trabajo a favor de un empleado público que, por impedimento legal, no puede desarrollar sus funciones, y que ello no tendría ningún sentido y que no se compadecería con los mandatos de actuación recogidos en el art. 103 de la CE”.

El TSJ de CLM ya puso de manifiesto en ocasiones anteriores (Sentencia de 20 de julio de 2011) la importancia el caso de la empleada a la que, estando de baja médica, se le ha saltado en los llamamientos para el desempeño de un puesto de trabajo vía promoción interna temporal, resulta curioso que ahora la Sala considere que la actuación de la Administración se ajusta a Derecho, y confirme el fallo del juzgador de instancia pues- y cito textualmente- “no queda razonado el derecho del que dispone la actora para haber sido nombrada para desempeñar temporalmente un puesto en el continuaría en situación de baja laboral, con el evidente perjuicio que tal situación generaría para el funcionamiento del servicio público...”

#### **V.- SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID DE 19 DE OCTUBRE DE 2012, n° 1155/2012. CREACIÓN DE PUESTO DE TRABAJO Y CREACIÓN DE CATEGORÍA: POTESTAD ORGANIZATIVA.**

Se impugna por la “ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA DE ATENCIÓN PRIMARIA” y de la “SOCIEDAD ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA EXTRAHOSPITALARIA Y ATENCIÓN PRIMARIA”, la Resolución de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria del Servicio Madrileño de la Salud 5/2.009, fechada

el 8 de junio de 2.009, por la que se crea el puesto de Facultativo Especialista de Área de Pediatría para la prestación de servicios coordinados en los ámbitos asistenciales de Atención Especializada y Primaria.

Los argumentos sobre los que se sustente el recurso son:

- a) Falta de negociación con los sindicatos.
- b) Falta de informe del Consejo Consultivo
- c) Falta de informe del Colegio Oficial de Médicos
- d) Creación de una nueva categoría profesional sin cumplir con los requisitos de homologación por parte del Ministerio.
- e) Establecimiento de un proceso de movilidad voluntaria sin previo concurso.

En primer término hay que precisar que estamos ante el ejercicio legítimo por parte de la Administración Sanitaria de su potestad organizativa sin que esta norma pueda ser entendida como disposición de carácter general, sino que es el reflejo de la potestad doméstica de autoorganización y no alcanza el carácter de generalidad propia de las disposiciones de carácter general.

Frente a este poder jurídico, por tanto, no pueden esgrimirse con éxito más que los derechos que por consolidación hayan alcanzado la cualidad de adquiridos, de tal manera que no son jurídicamente admisibles trabas derivadas del mantenimiento de formas de organización preexistentes. También conviene precisar que no se integra en el elenco de los derechos adquiridos por los funcionarios públicos el de la inalterabilidad de todos y cualesquiera de los múltiples aspectos que conforman la relación funcionarial en un momento dado, no comprendiéndose entre ellos, en cuanto opuesto al fin para el que se otorga aquella potestad de autoorganización, el mantenimiento inalterable de las unidades administrativas en algún momento diseñadas, su organización, o su integración en el seno de la Administración.

La Administración goza de un amplio poder que le permite actuar, para el cumplimiento de su misión, con libertad y sin más límites que el respeto a la legalidad y la sumisión a la satisfacción del interés público, sin que, por tanto, se pueda obstaculizar el ejercicio de la potestad que le confiere el Ordenamiento Jurídico formulando pretensiones en defensa

de simples expectativas, aspiraciones o intereses particulares o Asociativos, por legítimos que sean. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2.006, la Administración, en el ejercicio de sus facultades autoorganizativas, posee un gran margen de discrecionalidad para elegir la mejor de las soluciones posibles, (indiferentes jurídicos), debiendo respetar los derechos adquiridos, pero no las meras expectativas.

Así pues no estamos ante una Resolución de carácter normativo, sino ante una Resolución de carácter típicamente organizativo, por lo que no es preciso recabar dictamen del Consejo Consultivo, siendo igualmente irrelevante el informe de la organización colegial, pues éste se circunscribe a las funciones propias de la profesión colegiada, no a los derechos, deberes y condiciones de prestación de su trabajo de los funcionarios públicos.

En cuanto a la falta de negociación, la Sala reproduce la redacción del art. 80.4 del EM que excluye expresamente de negociación las decisiones de la Administración que afecten a sus potestades de organización si bien cuando tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo procederá la consulta a las organizaciones sindicales.

Respecto a la alegación relativa a que la Administración ha procedido a crear una categoría profesional de personal estatutario al margen de los procedimientos establecidos para ello, la Sentencia discrepa porque entiende que con esta Resolución lo que se crea es un puesto de trabajo a desempeñar por facultativos Especialistas de Área de Pediatría que prestarán servicios coordinados en su área natural de atención, la Atención Especializada y la Atención Primaria.

Llegados a este punto se cuestiona si es posible conforme a la legislación sanitaria configurar ambos niveles asistenciales como el ámbito indistinto de actuación de los profesionales sanitarios, toda vez que la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, se refiere a ellos de forma diferenciada como también lo hace la Ley General de Sanidad.

Sin embargo el Tribunal señala que aunque son niveles de atención distintos no pueden disociarse y separarse hasta los extremos pretendidos por la parte recurrente, pues "*Hospitales, por un lado, y Centros de atención primaria por otro, no constituyen compartimentos estancos ni estructuras disociadas, por el contrario precisan medidas de interrelación*



*en el marco de cada Área de Salud para organizar un sistema sanitario coordinado e integral capaz de atender a las necesidades asistenciales que surjan en cualquiera de los niveles asistenciales, valga la redundancia, del Área de Salud, finalidad que está presente en las previsiones contenidas en el artículo 31 del ya citado Real Decreto 521/1.987, de 15 de abril” y de otra parte, y como ya dijera la STS de 17 de junio de 1991 “No puede afirmarse que las funciones que legalmente incumben a los médicos especialistas jerarquizados de instituciones hospitalarias queden constreñidas a las que han de realizar en el propio recinto de dichos hospitales.*

## **DOCUMENTOS DE INTERÉS**

### **1.- PRESTACIONES SANITARIAS.**

#### **I.- CRIBADO NEONATAL DE LA FQ. INFORME DE EVALUACIÓN DE TECNOLOGÍAS SANITARIAS 2013.**

El documento ha sido elaborado en el marco del desarrollo de actividades de la Red Española de Agencias de Tecnologías y Prestaciones del SNS al amparo del convenio de colaboración suscrito por el Instituto de Salud Carlos III y la Fundación Profesor Novoa Santos.

El documento recomienda la inclusión del cribado neonatal de fibrosis quística (FQ) en los programas de cribado neonatal de metabolopatías implantadas en las diferentes CCAA españolas- sólo tres CCAA no han incluido aún la FQ dentro de la prueba del talón a los recién nacidos: Asturias, Navarra y Castilla-La Mancha-. En todo este tipo de programas deben garantizar el acceso equitativo y universal de todos los recién nacidos así como la protección de la confidencialidad, y tomar en consideración todos los aspectos éticos y legales que deberán ser revisados por un comité de ética asistencial.

Para justificar la realización de un cribado de estas características desde el punto de vista ético, sería necesario garantizar que exista evidencia de alta calidad sobre los beneficios de la detección precoz para los niños afectados. O lo que es lo mismo, no se debe iniciar el cribado neonatal de una enfermedad si las ventajas de una detección temprana para el neonato no están claramente definidas sin que haya garantías de la adecuada provisión, a todos los casos

detectados, de un diagnóstico, un seguimiento y un tratamiento correctos.

Por otra parte, el principio bioético de autonomía exige que la participación en un cribado sea voluntaria, libre e informada, si bien es cierto que la autonomía de los padres puede entrar en conflicto con el principio de beneficencia para el hijo, ya que la elección de no participar podría privar al recién nacido de los beneficios del diagnóstico y tratamiento precoces.

La OMS ha declarado que los recién nacidos deberían tener una especial protección mediante cribado obligatorio, cuando el diagnóstico precoz y el tratamiento presenten claros efectos favorables sobre los resultados, y por el contrario, el cribado no debería ser obligatorio si su principal finalidad es la de identificar y aconsejar a los padres de su condición de portadores para futuros embarazos.

El consentimiento informado debería prestarse por escrito cuando los beneficios del cribado son escasos, y se podría prescindir de la cumplimentación de este requisito cuando los beneficios son claros y el programa de cribado forma parte de la práctica habitual, pero siempre que se garantice una información previa adecuada.

### **2. CONTRACCIÓN PÚBLICA**

#### **I.- GUÍA PARA LA INCLUSIÓN DE CLAÚSULAS CONTRACTUALES DE CARÁCTER SOCIAL. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE CATALUÑA. 2014.**

La Guía elaborada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña clasifica en cinco grandes apartados las cláusulas de carácter social susceptibles de inclusión en la contratación pública, ya sea para la definición del objeto del contrato, como criterio de capacidad, criterios de adjudicación y obligaciones a cumplir con carácter previo a la formalización del contrato, criterios preferentes de adjudicación, o bien como condiciones especiales de ejecución.

El apartado primero de la guía se refiere a las cláusulas a incluir específicamente en contratos con objeto vinculado a acciones públicas de fomento de la ocupación, acciones positivas de género o aquéllos

que tengan como destinatarios personas que integran alguno de los colectivos más desfavorecidos.

El apartado segundo contempla las cláusulas del carácter social que susceptibles de inclusión en todo tipo de contratos, a diferencia del apartado tercero relativo a las cláusulas sociales para los contratos de servicios y contratos de gestión de servicios públicos.

Finalmente el apartado cuarto enumera las cláusulas relativas a la subcontratación, y el apartado quinto las cláusulas a incluir específicamente en los contratos reservados en centros especiales de trabajo.

Como curiosidad destacar que algunas de las cláusulas incorporadas en la Guía objeto de comentario, formaban parte del contenido de la Proposición de Ley sobre incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 29 de noviembre de 2013), con la que pretendía modificar el artículo 150 del TRLCSP y la disposición adicional quinta, así como la adición de un nuevo artículo 81 bis, y una nueva disposición final séptima en la misma norma. El Congreso de los Diputados rechazó en febrero de 2014 la toma en consideración de la citada Proposición de Ley”.

## II.- INFORME 12/2012, DE 30 DE NOVIEMBRE DE LA JCCA DE CATALUÑA. LICITACIONES CONJUNTAS POR VARIOS PODERES ADJUDICADORES.

La JCCA de Cataluña en un reciente informe aborda la problemática de las licitaciones conjuntas por parte de varios poderes adjudicadores, distinguiendo dos supuestos:

a) Los supuestos que tendrían encaje dentro de los denominados “*sistemas de racionalización técnica*”, a saber, contratos marco, contratación centralizada, la adjudicación y sistemas dinámicos.

b) Fórmulas de colaboración interadministrativa al margen de las antes citadas, y dentro de este apartado distingue a su vez entre:

1.- Aquéllos supuestos en los que se pretende la formalización del contrato por un único órgano de contratación. Un contrato y un único órgano de contratación.

Según la Junta “*En este sistema de licitación conjunta se aplicarían los procedimientos y los sistemas de organización de la contratación que prevé expresamente la normativa de contratos del sector público, sin que, por lo tanto, se planteen dudas jurídicas respecto a su viabilidad desde el punto de vista del cumplimiento de la normativa de contratación pública.*”

Esta modalidad ya se ha puesto en práctica. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, mediante Acuerdo 10/2011, de 29 de septiembre, quedó enterada del Informe emitido por la Dirección General de Política Financiera, Tesorería y Patrimonio a los gerentes de las Universidades Carlos III y Autónoma de Madrid, en relación con la posibilidad de llevar a cabo una contratación conjunta por ambas universidades. Este Informe, en resumen y a efectos de lo que ahora interesa, concluye que no existe inconveniente para firmar un contrato cofinanciado por dos administraciones públicas, y que tiene que tramitarse un único expediente; que la adjudicación del contrato se tiene que formalizar en un único documento, sin que sea posible fraccionar la formalización de un contrato (excepto que éste esté dividido en lotes); que es indiferente que la facturación se efectúe o no de forma separada; y que, con carácter previo a la contratación, las administraciones tienen que suscribir un convenio de colaboración en que concreten las condiciones de ejecución.

2.- Aquéllos supuestos de licitaciones conjuntas llevadas a cabo por parte de diversas entidades del sector público, ya sea actuando todas como órganos de contratación y como tramitadoras del procedimiento, y adjudicándose tantos contratos como entidades del sector público estén licitando de manera conjunta, o bien una de ellas es la encargada de la tramitación del procedimiento teniendo como resultado la firma de tantos contratos como entidades formen parte de la licitación conjunta.

Es decir, en el primer caso de este segundo apartado los supuestos podrían ser:

a) Varios órganos de contratación y varios contratos.

b) Un único órgano de contratación y varios contratos.

La Junta Consultiva reconoce que estas fórmulas no están previstas en la legislación de contratación pública, pero que tampoco se oponen a ella, y de hecho cita diversos documentos comunitarios en los que se prevé la incorporación de estas modalidades de colaboración entre poderes adjudicadores.

### **III.- INCIDENCIAS EN LA FORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS.**

#### **A) INFORME 1/2013, DE LA JCCA DE CANARIAS.**

Se plantea la cuestión de cómo actuar jurídicamente para dejar sin efecto la adjudicación de determinados contratos plurianuales, cuya formalización resulta inviable por la inexistencia de crédito presupuestario necesario para afrontar el gasto correspondiente a los ejercicios futuros.

La modificación introducida por la Ley 34/2010 supuso la supresión como causa de resolución contractual la ausencia de formalización del contrato, que ahora se perfecciona no con la adjudicación sino en el momento de dicha formalización.

El artículo 156 del TRLCSP recoge las consecuencias derivadas de la falta de formalización en plazo del contrato, distinguiendo si la causa de dicha resaca fuese o no imputable a la Administración. Sin embargo dicho precepto legal no dice nada respecto al supuesto planteado, cómo actuar ante el caso de ausencia definitiva de formalización imputable a la Administración.

Se barajan tres opciones, todas ellas inviables:

a) Nulidad del contrato.

El hecho de tratarse de una circunstancia sobrevenida con posterioridad a la adjudicación pero anterior a la formalización, impide que podamos aplicar alguna de las causas de nulidad del contrato (aún inexistente).

b) Renuncia del contrato.

No cabe invocar la figura de la renuncia regulada en el art. 155 del TRLCSP ya que esta posibilidad queda limitada a supuestos en los que aún no se haya adjudicado el contrato.

c) Revocación del art. 105.1 de la Ley 30/1992, que tampoco resulta factible ya que está limitada a actos de gravamen o desfavorables.

Si tenemos en cuenta que el actual régimen de perfección de los contratos exige la concurrencia de dos requisitos para el nacimiento del contrato, a saber, la firmeza del acto de adjudicación y la formalización, resulta evidente que cualquier incidencia que se pueda plantear durante este lapso de tiempo no podría estar ligada en cuanto a sus efectos a un contrato inexistente, sino al propio procedimiento de contratación.

A partir de este razonamiento, la Junta Consultiva de Canarias concluye que en estos casos habría que aplicar por analogía el criterio previsto en el artículo 155, y por tanto compensar al interesado, abonándole los gastos que su participación en el procedimiento le hubiese ocasionado.

#### **B) INFORME 2/2013, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CANARIAS.**

En este otro caso, muy similar al anterior, lo que se plantea son las consecuencias que se derivan de la no formalización del contrato por la inicial adjudicataria, y si procede o no la devolución de la garantía definitiva y la declaración de la prohibición para contratar.

Respecto a esta última posibilidad, ésta es descartada por la Junta, de modo que no cabría invocar las causas previstas en el art. 60.2 del TRLCSP apartados a) (resolución firme de un contrato por causa imputable al contratista), ya que como quedó expuesto en el informe anterior aún no existe contrato alguno, y apartado d) (retirada indebida de la oferta), pues no es posible la interpretación extensiva de una norma limitativa de derechos, además de que sí existe un precepto dedicado específicamente al supuesto que ahora se analiza: el art. 156.4, de modo que se procedería a la incautación sobre la garantía definitiva el importe de la garantía provisional que se hubiese constituido.

El problema que se plantea a continuación es: ¿Qué sucede si el órgano de contratación no exigió la constitución de garantía provisional? ¿Cabrá entonces incautar la garantía definitiva constituida por el adjudicatario que se niega a formalizar el contrato?

En este caso los efectos deberían ser los mismos que se hubieran producido si antes de la adjudicación, el licitador mejor valorado decide retirar su oferta, es decir, la Administración tan solo podrá reclamar una indemnización por daños y perjuicios, pero, y aquí se produce la paradoja, pese a que el adjudicatario ya

constituyó garantía definitiva, la Ley no contempla expresamente la posibilidad de que en estos supuestos dicha garantía pueda quedar afectada a responder de la indemnización.

Por todo ello, la Junta considera necesario que se proceda a modificar la redacción del actual art. 100 del TRLCSP en el sentido de incluir el supuesto de ausencia de formalización del contrato imputable al adjudicatario y la incautación de la garantía definitiva ya constituida en un importe equivalente al máximo importe (hasta el 3%) de una hipotética garantía provisional, si ésta no se hubiese exigido.

Pero no es ésta la única contradicción que denuncia la Junta en su Informe, también muestra la incoherencia que supone, en relación con la apreciación de las causas de prohibición para contratar, el hecho de mientras la retirada de la oferta o imposibilitar la adjudicación de un contrato sí lleva aparejado el grave efecto de la prohibición para contratar, por el contrario, imposibilitar la formalización de un contrato ya adjudicado tan solo comporta la incautación parcial de la garantía (y, como ya hemos visto, esta posibilidad solo si se hubiese constituido garantía provisional).

Lo que sí cabría perfectamente en el supuesto planteado, sería adjudicar el contrato a la siguiente mejor oferta, es decir, actuar de forma similar a como se establece en el artículo 151.2 para los casos de retirada de la oferta del licitador inicialmente propuesto como adjudicatario.

Por último, la Junta analiza la cuestión de si la no formalización del contrato obedece a que el adjudicatario ha podido comprobar que la información que se le ha suministrado sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores en los que se ha de subrogar (art. 120 del TRLCSP) no se corresponde con la realidad. En este caso no estaríamos ante un supuesto imputable al adjudicatario y por ende, excluiría la posibilidad de incautación de la garantía conforme a lo previsto en el art. 156.4 del TRLCSP.

### **3.- INTIMIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL**

#### **I.- LA CONFIDENCIALIDAD EN SERVICIOS SOCIALES. SERIE ÉTICA Y SERVICIOS SOCIALES. GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.**

La guía aborda la problemática de la confidencialidad de los datos personales desde la perspectiva de los Servicios Sociales; una herramienta puesta a disposición tanto de los usuarios como de los profesionales que prestan sus servicios en centros sociales, en la que se detallan en qué supuestos se puede facilitar información de las personas usuarias a terceras personas, y los límites de la confidencialidad cuando ésta entra en colisión con otras necesidades.

#### **II.- INFORME JURÍDICO DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS 084069/2012, DE 24 DE ABRIL DE 2012. ACCESO SINDICATOS A DATOS DE LA BOLSA DE EMPLEO TEMPORAL DEL SERVICIO DE SALUD.**

Informe emitido por la AEPD a raíz de la consulta formulada por la Directora General de RRHH del Sescam sobre la procedencia de hacer entrega a los representantes sindicales presentes en la Comisión Regional de Contratación, de los datos de carácter personal de las personas incluidas en la base de datos informática “*bolsas sanitarias*”.

La fundamentación de la respuesta afirmativa de la AEPD a la consulta realizada descansa en el propio Pacto de selección de personal temporal de Instituciones Sanitarias del Sescam, al establecer que para la aprobación definitiva de los méritos los representantes sindicales presentes en dicha comisión podrán acceder a todos aquéllos datos de carácter personal de los trabajadores estatutarios temporales que resulten necesarios para determinar si la autobaremación efectuada por los aspirantes es o no correcta.

No obstante advierte que el acceso a la información disponible en la base de datos de la bolsa de trabajo se debe llevar a cabo mediante la asignación de claves de acceso teniendo en cuenta la medida de seguridad recogida en el artículo 93 del Reglamento de la LOPD.

#### **III.- RESOLUCIÓN R/00389/2013 DE LA AEPD. DATOS SANITARIOS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.**

La denunciante declara que en el centro educativo donde presta sus servicios como profesora se publica entre el profesorado un “*parte mensual de faltas de asistencia del profesorado*” en el que figuran los motivos de las faltas de asistencia por medio de un

código al que tienen acceso por medio de la aplicación “*Gestión de Centros Públicos de Navarra*”. En dicho listado de absentismos figuran varias causas relacionadas con datos personales relativos a la salud, tales como “*permisos técnicas fecundación*”, datos de familia numerosa, ampliación de maternidad, hijo con discapacidad... De este modo se puede acceder desde la web EDUCA a todos los datos de faltas y los motivos de las mismas, de todos los profesores del centro a un golpe de clic.

La AEPD constata, una vez iniciado el correspondiente sancionador, que se han introducido medidas técnicas para garantizar el acceso restringido a los motivos de las ausencias de los profesores.

#### 4.- BIOÉTICA

##### I.- PERSPECTIVA BIOÉTICA EN ONCOLOGÍA INFANTIL. APLICACIÓN DEL MÉTODO DELIBERATIVO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ÉTICOS EN ONCOLOGÍA PEDIÁTRICA. MARÍA TASSO CERECEDA. REVISTA EIDON N° 39. ENERO-JULIO 2013.

Dos casos clínicos permiten ilustrar la utilidad del conocido como “*método deliberativo*” para la resolución de conflictos éticos, todos ellos en una especialidad médica como la “*oncología infantil*” en la que la incertidumbre alimenta la angustia, el sufrimiento familiar, y la desesperación por encontrar cualquier tipo de terapia que permita salir de este infierno.

En el primer caso clínico, se analiza la actitud de los padres de un menor de edad diagnosticado de tumor intrínseco de tronco del encéfalo. El único tratamiento eficaz es la radioterapia combinada con quimioterapia. Se informa a los padres de la existencia en un centro sanitario de otra CCAA de un ensayo clínico que los padres, deciden rechazar. Sin embargo, tras finalizar el tratamiento, solicitan que el centro aplique a su hijo el ensayo clínico.

Algunas de las interrogantes que se plantean son: ¿Debe el centro sanitario asumir los gastos de un tratamiento tan costoso que se encuentra en fase experimental en otra Comunidad Autónoma? ¿Es correcto desde el punto de vista ético someter al menor a tratamientos tan invasivos, y que aún se encuentran en fase experimental? ¿Podríamos estar, caso de que se acepte la petición de los padres, ante un supuesto de “*encarnizamiento terapéutico*”? ¿Qué papel juega la autonomía del menor?

En el segundo caso estamos ante una niña de 2 años que es intervenida de urgencias por tumoración cerebral supratentorial de lóbulo frontal izquierdo. La intervención es un éxito, pero la menor se tiene que someter a quimioterapia, posponiendo el equipo médico la radioterapia para evitar que a estas edades se provoquen graves secuelas en el cerebro.

Los padres se niegan a someter a su hija a este tipo de tratamientos, y se muestran más proclives a aplicar terapias alternativas. Problemas éticos: ¿Tienen los médicos que respetar esta decisión? ¿Habrá que poner los hechos en conocimiento del ministerio fiscal para que se retire la patria potestad a los padres? ¿Deben los médicos imponer su criterio frente a la voluntad de los padres?

En este caso en concreto, se consiguió convencer a los padres para suministrar a la menor la quimioterapia. Sin embargo, el tratamiento no resultó eficaz y se suspendió. Los padres escogieron terapias alternativas, y poco tiempo después la niña experimentó deterioro neurológico progresivo y falleció.

En todos los casos, el proceso deliberativo atraviesa las siguientes fases:

1. Presentación del caso y discusión de los aspectos clínicos.
2. Identificación de los problemas morales.
3. Elección del problema a analizar.
4. Identificación de los valores en conflicto
5. Identificación de los cursos extremos de acción.
6. Búsqueda de los cursos intermedios de acción.
7. Decisión final
8. Pruebas de consistencia.

##### II.- LA GESTIÓN DE LA AUTONOMÍA EN LA PRÁCTICA CLÍNICA. ROGELIO ALTISENT. REVISTA EIDON N° 39 ENERO-JULIO 2013.

En este artículo el autor aborda la difícil cuestión de cómo gestionar la autonomía del paciente en la práctica clínica.

¿Cuánta información hay que facilitar al paciente? ¿Cómo se debe suministrar esa información? ¿Se actúa correctamente cuando el médico utiliza el mismo grado de persuasión con pacientes con discretas elevaciones de colesterol, que con pacientes que tienen

antecedentes familiares de infarto precoz? En definitiva, ¿están los pacientes adecuadamente informados?

El autor plantea una serie de propuestas, como introducir en las sesiones clínicas una cuidada reflexión sobre cómo se informa del pronóstico de los problemas de salud en relación con la toma de decisiones, y reivindica la importancia positiva que tiene la “*persuasión*” – no la coacción ni la manipulación– que, en ocasiones, constituye un verdadero deber moral del profesional sanitario.

### III.- LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE. JOSÉ ANTONIO SEOANE. FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNIVERSIDAD DE A CORUÑA.

El autor hace un recorrido por los orígenes de la autonomía del paciente en los Estados Unidos, y la evolución jurisprudencial que ha tenido en dicho país la figura del consentimiento informado hasta su recepción en nuestro Ordenamiento Jurídico.

La Sentencia del juez Cardozo (1914) supuso el reconocimiento por vez primera de la autonomía del enfermo como un derecho a decidir sobre su propio cuerpo, cuya lesión, con independencia de la existencia de un resultado lesivo, genera responsabilidad.

Sin embargo en este primer momento sólo se exige del profesional sanitario el deber de recabar del paciente su consentimiento, pero no se pronuncia sobre el deber de informar previamente al paciente. La locución “*consentimiento informado*” surge por vez primera en 1957, y a partir de ese momento van a ir surgiendo una serie de problemas, como quién puede consentir o qué criterio hay que seguir para determinar la información que se debe facilitar al paciente:

1. El criterio de médico razonable.
2. El criterio de una persona razonable. Hay que facilitar la información que un hipotético paciente razonable desearía conocer para tomar una decisión libre.
3. El criterio de la persona razonable en la posición del paciente, teniendo en cuenta en este caso las necesidades reales de un paciente concreto, y no sólo de una hipotética persona razonable.

En nuestro país, la autonomía del paciente como derecho ha atravesado tres etapas:

1. Etapa preconstitucional sin que existiera un reconocimiento formal como derecho.
2. Etapa constitucional. El reconocimiento del derecho del paciente a la toma de decisiones.
3. Etapa de consolidación y profundización. Aprobación de la Ley de Autonomía del Paciente.
4. Etapa de ampliación. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006), desarrollo reglamentario de la autonomía informativa (aprobación del RD 1720/2007 de la LOPD), o regulación de esta misma autonomía en el ámbito de la investigación biomédica.

Desde la perspectiva del profesional sanitario, la evolución del significado jurídico de la autonomía del paciente se ha dejado sentir en la expresión jurídica de la buena práctica clínica, la “*lex artis*”. Ésta ha dejado de ser definida únicamente desde criterios técnicos o médicos para tomar en consideración obligaciones de información, documentación y respeto de las decisiones del paciente.

### IV.- INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE EL PROYECTO DE REAL DECRETO DE ENSAYOS CLÍNICOS. MADRID, 23 DE JULIO DE 2013.

El Informe del Comité de Bioética de España pone especial énfasis en algunas novedades muy discutibles que incorpora el proyecto de reglamento en relación con el régimen de garantías para los sujetos del ensayo, como la realización de ensayos sin exigencia de suscripción de seguro, los conocidos como “*ensayos de bajo riesgo*” con medicamentos cuyo uso constituye un tratamiento estándar en España aún fuera de los términos de la autorización de comercialización. Asimismo también resulta polémica la exclusión de la reparación del seguro de las reacciones adversas conocidas en el momento en el que el sujeto otorga su consentimiento.

En cuanto a la información que se debe suministrar al sujeto que somete al ensayo clínico, el CBE aconseja:

1. Que se trabaje normativamente con conceptos comunes, sobre todo cuando la práctica clínica-asistencial y la propia de los ensayos clínicos se suelen presentar de forma conjunta.
2. Que se amplíe el contenido mínimo de la información que debe facilitar el investigador para incluir información acerca de las alternativas terapéuticas, el significado del término “*placebo*”, datos esenciales del seguro de responsabilidad civil del promotor, remuneración del investigador/equipo, así como las medidas adoptar en el caso en que se produzca un daño/efecto adverso durante el ensayo.

Otro aspecto interesante sobre el que llama la atención el CBE es la modificación del régimen del consentimiento informado tanto en lo que se refiere a los menores de doce o más años como respecto del “*menor maduro*”. El proyecto de reglamento introduce la novedosa figura del “*asentimiento*” para los menores de doce o más años, lo que merece la crítica del órgano consultivo por considerar que sería más apropiado que el futuro Real Decreto se pronuncie respecto del menor de doce años en los mismos términos que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. En cuanto al menor maduro, el CBE propone adaptar la regulación a la regulación contenida en la Ley 41/2002, de modo que el menor de dieciséis años podrá decidir acerca del ensayo salvo que ponga en grave riesgo su vida o integridad física o psíquica.

Por último, el CBE muestra su discrepancia con la creación de los Comités de Ética de la Investigación con Medicamentos (CEIm), segregados de facto de los Comités de Ética de Investigación (CEI). Esta decisión podría vulnerar la Ley de Investigación Biomédica que establece que suprime los Comités Éticos de Investigación Clínica y establece que en un futuro solo existirán en este ámbito los Comités de Ética de la Investigación, y además provocará solapamientos, roces y desajustes entre ambos órganos- CEIm y CEIs- la demanda de protección de la salud: ¿Es ésta un derecho de contenido ilimitado? ¿Es moralmente aceptable que se defina exclusivamente por las necesidades y los deseos, que son infinitos?





# LEGISLACIÓN

*Sección a cargo de **Lola González García**  
Secretaría General. Servicio de Salud de Castilla – La Mancha*

## LEGISLACIÓN ESTATAL

- Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa. B.O.E. NÚM. 226, de 17 de septiembre de 2014.
- Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la Constitución Española. B.O.E. de 30 de octubre de 2014.
- Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. B.O.E. núm. 163, de 05 de julio de 2014.
- Real Decreto 355/2014, de 16 de mayo, por el que se crea y regula el Consejo Médico Forense. B.O.E. núm. 132 de 31 de mayo de 2014.
- Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, sobre bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social del personal investigador. B.O.E. núm. 144, de 14 junio de 2014.
- Real Decreto 477/2014, de 13 de junio, por el que se regula la autorización de medicamentos de terapia avanzada de fabricación no industrial. B.O.E. núm. 144, de 14 junio de 2014.
- Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. B.O.E. núm. 176, de 21 de julio de 2014.
- Real Decreto 639/2014, de 25 de julio, por el que se regula la troncalidad, la reespecialización troncal y las áreas de capacitación específica, se establecen las normas aplicables a las pruebas anuales de acceso a plazas de formación y otros aspectos del sistema de formación sanitaria especializada en Ciencias de la Salud y se crean y modifican determinados títulos de especialista. B.O.E. núm. 190, de 6 de agosto de 2014.
- Real Decreto 640/2014, de 25 de julio, por el que se regula el Registro Estatal de Profesionales Sanitarios. B.O.E. núm. 197, de 14 de agosto de 2014.
- Real Decreto 767/2014, de 12 de septiembre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Anatomía Patológica y Citodiagnóstico y se fijan sus enseñanzas mínimas. B.O.E. núm. 241 de 04 de octubre 2014.
- Real Decreto 768/2014, de 12 de septiembre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Documentación y Administración Sanitarias y se fijan sus enseñanzas mínimas. B.O.E. núm. 241 de 04 de octubre 2014.
- Real Decreto 769/2014, de 12 de septiembre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Higiene Bucodental y se fijan sus enseñanzas mínimas. B.O.E. núm. 241 de 04 de octubre 2014.
- Real Decreto 770/2014, de 12 de septiembre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Imagen para el Diagnóstico y Medicina Nuclear y se fijan sus enseñanzas mínimas. B.O.E. núm. 241 de 04 de octubre 2014.

- Real Decreto 771/2014, de 12 de septiembre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Laboratorio Clínico y Biomédico y se fijan sus enseñanzas mínimas. B.O.E. núm. 241 de 04 de octubre 2014.
- Real Decreto 772/2014, de 12 de septiembre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Radioterapia y Dosimetría y se fijan sus enseñanzas mínimas. B.O.E. núm. 241 de 04 de octubre 2014.
- Real Decreto 832/2014, de 3 de octubre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Fabricación de productos farmacéuticos, biotecnológicos y afines y se fijan sus enseñanzas mínimas. B.O.E. núm. 259 de 25 de octubre de 2014.
- Orden SSI/532/2014, de 12 de marzo, por la que se convoca a la realización de prueba de aptitud para el reconocimiento de la cualificación profesional para ejercer en España la profesión de psicólogo clínico y se nombra el Tribunal que ha de evaluarla. B.O.E. núm. 82 de 04 de abril de 2014.
- Orden SSI/806/2014, de 8 de mayo, por la que se incluye la sustancia 5-(2-aminopropil) indol (5-IT) en el anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación y por la que se transfiere el ácido gamma-hidroxibutírico (GHB) de la lista IV a la lista II del anexo I del citado Real Decreto. B.O.E. núm. 121 de 19 de mayo de 2014.
- Orden ECD/855/2014, de 23 de mayo, por la que se regula el procedimiento para la obtención de la orden de concesión y la expedición de títulos de Especialista en Ciencias de la Salud y se establece la obligatoriedad de comunicación a través de medios electrónicos para los interesados en los mismos. B.O.E. núm. 128 de 27 de mayo de 2014.
- Orden ESS/996/2014, de 12 de junio, por la que se prorrogan los plazos para la presentación de las solicitudes y de remisión de los informes-propuesta de los incentivos correspondientes al ejercicio 2013, al amparo del Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral. B.O.E. núm.145, de 16 junio de 2014.
- Orden HAP/1074/2014, de 24 de junio, por la que se regulan las condiciones técnicas y funcionales que debe reunir el Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas. B.O.E. núm. 154, de 25 de junio de 2014.
- Orden SSI/1075/2014, de 16 de junio, de declaración de medicamentos como bienes de contratación centralizada. B.O.E. núm. 154, de 25 de junio de 2014.
- Orden SSI/1076/2014, de 16 de junio, de declaración de productos sanitarios como bienes de contratación centralizada. B.O.E. núm. 154, de 25 de junio de 2014.
- Orden SSI/1225/2014, de 10 de julio, por la que se procede a la actualización del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud. B.O.E. núm. 171, de 15 de julio de 2014.
- Orden SSI/1329/2014, de 22 de julio, por la que se modifican la cartera común suplementaria de prestación con productos dietéticos y las bases para la inclusión de los alimentos dietéticos para usos médicos especiales en la oferta de productos dietéticos del SNS y para el establecimiento de los importes máximos de financiación. B.O.E. núm. 180, de 25 de julio de 2014.
- Orden SSI/1474/2014, de 28 de julio, por la que se modifica la Orden de 2 de noviembre de 2000, por la que se determina la composición, organización y funciones de los Equipos de Valoración y Orientación dependientes del Instituto de Mayores y Servicios Sociales y se desarrolla el procedimiento de actuación para la valoración del grado de discapacidad dentro del ámbito de la Administración General del Estado. B.O.E. núm. 190, de 6 de agosto de 2014.
- Orden SSI/1475/2014, de 29 de julio, por la que se regula, en el ámbito del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, el contenido y procedimiento de suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria, previsto en el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio. B.O.E. núm. 190, de 6 de agosto de 2014.

- Orden SSI/1476/2014, de 31 de julio, por la que se corrigen errores de la Orden SSI/1225/2014, de 10 de julio, por la que se procede a la actualización del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud. B.O.E. núm. 190, de 6 de agosto de 2014.
- Orden PRE/1838/2014, de 8 de octubre, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 19 de septiembre de 2014, por el que se aprueba CI@ve, la plataforma común del Sector Público Administrativo Estatal para la identificación, autenticación y firma electrónica mediante el uso de claves concertadas. B.O.E., núm. 245, de 9 de octubre de 2014.
- Orden HAP/1949/2014, de 13 de octubre, por la que se regula el Punto de Acceso General de la Administración General del Estado y se crea su sede electrónica. B.O.E. núm. 260 de 27 de octubre de 2014.
- Orden HAP/1953/2014, de 15 de octubre, por la que se aprueba la política de seguridad de la información en el ámbito de la administración electrónica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. B.O.E. núm. 260 de 27 de octubre de 2014.
- Orden SSI/2057/2014, de 29 de octubre, por la que se modifican los anexos III, IV y V del Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. B.O.E. núm. 268, de 5 de noviembre de 2014.
- Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. B.O.E. núm. 269, de 6 de noviembre de 2014.
- Resolución de 26 de junio de 2014, de la Mutua General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se regula la asistencia sanitaria fuera del territorio nacional. B.O.E. núm. 157, de 08 de junio de 2014.
- Resolución de 26 de junio de 2014, de la Mutua General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se modifican los anexos II, III y IV de la Orden APU/2245/2005, de 30 de junio, por la que se regulan las prestaciones complementarias de la asistencia sanitaria en MUFACE y se establece el procedimiento de financiación de bombas portátiles de infusión subcutánea continua de insulina. B.O.E. núm. 157, de 28 de junio de 2014.
- Resolución de 10 de julio de 2014. Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 9/2014, de 4-7-2014 (RCL 2014/940), por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. B.O.E. núm. 175, de 19 de julio de 2014.
- Resolución de 16 de julio de 2014, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se desarrolla la clasificación de ortesis para el Sistema informatizado para la recepción de comunicaciones de productos ortoprotésicos al Sistema Nacional de Salud, y se modifica la de 6 de mayo de 2014, por la que se desarrolla la clasificación de sillas de ruedas para el Sistema informatizado para la recepción de comunicaciones de productos ortoprotésicos al Sistema Nacional de Salud. B.O.E. núm. 177, de 22 de julio de 2014.
- Resolución de 22 de agosto de 2014, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se desarrolla la clasificación de ortoprótesis especiales para el Sistema informatizado para la recepción de comunicaciones de productos ortoprotésicos al Sistema Nacional de Salud. B.O.E. núm. 217, de 06 de septiembre de 2014.
- Resolución de 1 de septiembre de 2014, de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, por la que se establece el procedimiento y las condiciones para el pago a través de entidades colaboradoras en la gestión recaudatoria y por vía telemática de la tasa prevista en el artículo 107 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios. B.O.E. núm. 219, de 09 de septiembre de 2014.

- Resolución de 16 de septiembre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se aprueba la Carta de servicios electrónicos del Ministerio de la Presidencia 2014-2017. B.O.E. núm. 240, de 3 de octubre de 2014.
- Resolución de 30 de septiembre de 2014, del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, por la que se aprueba el modelo para suscribir el convenio especial regulado por Orden SSI/1475/2014, de 29 de julio. B.O.E. núm. 243, de 7 de octubre de 2014.
- Resolución de 30 de septiembre de 2014, del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, por la que se aprueba el modelo para suscribir el convenio especial regulado por Orden SSI/1475/2014, de 29 de julio. B.O.E. de 07 de octubre de 2014.
- Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relaciones con los Menos Extranjeros No Acompañados. B.O.E. de 16 de octubre de 2014.
- Resolución de 7 de octubre de 2014, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 19 de septiembre de 2014, por el que se toma conocimiento del Manual de simplificación administrativa y reducción de cargas para la Administración General del Estado. B.O.E. 245, de 9 de octubre de 2014.

## LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

### ANDALUCÍA

- Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía. B.O.J.A. núm. 139, de 18 de julio de 2014.
- Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. B.O.J.A. núm. 101, de 28 de mayo de 2014.
- Orden de 26 de junio 2014. Actualiza los importes de financiación que se determinan en el

Catálogo General de Ortoprotésica de Andalucía. B.O.J.A. núm. 126, de 02 de julio de 2014.

- Resolución de 2 de octubre de 2014, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se anuncia convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud. B.O.J.A. de 09 de octubre de 2014.

### ARAGÓN

- Ley 5/2014, de 26 de junio, de Salud Pública de Aragón. B.O.A. núm. 137, 15 de julio de 2014.
- Orden de 28 de mayo de 2014, del Consejero de Presidencia y Justicia, por la que se dispone la publicación del convenio de asistencia sanitaria pública derivada de accidentes de tráfico para los ejercicios 2014/2016. B.O.A. núm. 112, de 11 de mayo de 2014.
- Orden de 20 de junio de 2014, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, por la que se modifica la Orden de 27 de abril de 2007, por la que se regula la acción concertada en materia de prestaciones de servicios sanitarios. B.O.A. núm. 140, 18 de julio de 2014.
- Orden de 1 de septiembre de 2014, del Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Familia, por la que se publica el Acuerdo, de 23 de julio de 2014, por la Sanidad en Aragón en materia de Empleo. B.O.A. núm. 177, de 10 de septiembre de 2014.
- Orden de 11 de septiembre 2014. Aprueba el Plan de Inspección de Servicios Sanitarios para el periodo 2015-2016. B.O.A. de 06 de octubre de 2014.
- Resolución de 22 de abril 2014. Dispone la publicación del baremo de méritos que ha de regir la selección temporal de facultativos especialistas de área en los Sectores Sanitarios del Organismo. B.O.A. núm. 90, de 12 de mayo de 2014.

### ASTURIAS

- Decreto 55/2014, de 28 de mayo, por el que se regula la autorización de centros y servicios sanitarios. B.O.P.A. núm. 130, de 06 de junio de 2014.

- Decreto 56/2014, de 4 de junio, de modificación del Decreto 45/1992, de 21 de mayo, de precios públicos en lo relativo a la prestación de servicios por pruebas de Laboratorios de Salud Pública. B.O.P.A. núm. 134, de 11 de junio de 2014.
- Decreto 73/2014, de 23 de julio, de organización y funcionamiento del Comité de Cáncer del Principado de Asturias. B.O.P.A. núm. 176, de 30 de julio de 2014.
- Decreto 76/2014, de 30 de julio, de primera modificación del Decreto 14/2014, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio de Salud del Principado de Asturias. B.O.P.A. núm. 183 de 7 de agosto de 2014.
- Decreto 87/2014, de 8 de octubre, por el que se regulan los sistemas de provisión de puestos de trabajo singularizados y mandos intermedios en el ámbito del Servicio de Salud del Principado de Asturias. B.O.P.A. de 22 de octubre de 2014.
- Resolución de 21 de mayo 2014, Establece las instrucciones y normas de tramitación para la acreditación de actividades de formación continuada de las profesiones sanitarias del Principado de Asturias. B.O.P.A. núm. 123 de 29 de mayo de 2014.
- Resolución de 18 de junio de 2014, de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por la que se modifica el pacto sobre contratación de personal temporal y sobre promoción interna temporal del personal del Servicio de Salud del Principado de Asturias. B.O.P.A. núm. 144, de 23 de junio de 2014.
- Resolución de 13 de junio 2014, Deroga la Resolución de 14-6-2012, por la que se crea el Comité Técnico Asesor para el tratamiento de la hepatitis crónica C (VHC) del Principado de Asturias. B.O.P.A. núm. 151, de 01 de julio de 2014.
- Resolución de 20 de junio de 2014, de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por la que se regula la composición y régimen de funcionamiento de la Comisión de Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios. B.O.P.A. núm. 151, de 01 de julio de 2014.
- Acuerdo de 24 de septiembre de 2014, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica la plantilla orgánica del Servicio de Salud del Principado de Asturias. B.O.P.A. núm. 251, de 29 de octubre de 2014.
- Acuerdo de 8 de octubre de 2014, de la Consejería de Hacienda y Sector Público, por el que se aprueba la primera modificación de las directrices de contratación de personal temporal y nombramiento de funcionarios interinos y de personal estatutario temporal en 2014. B.O.P.A. de 17 de octubre de 2014.

### BALEARES

- Ley 9/2014, de 29 de septiembre, por la cual se establece y regula la protección a la maternidad en las Islas Baleares. B.O.I.B. núm. 138, de 9 de octubre de 2014.
- Decreto 24/2014, de 23 de mayo, por el que se regulan los requisitos que han de cumplir los laboratorios de salud ambiental y seguridad alimentaria, el procedimiento de declaración responsable y el Registro de Laboratorios de Salud Ambiental y Seguridad Alimentaria. B.O.I.B. núm. 71, de 24 de mayo de 2014.
- Decreto 35/2014, de 1 de agosto, mediante el que se regulan la jornada y los horarios general y especiales del personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears representado en la Mesa Sectorial de Servicios Generales. B.O.I.B. núm. 104, de 02 de agosto de 2014.
- Decreto 38/2014, de 29 de agosto, por el que se asume la ampliación de los medios adscritos a los servicios traspasados a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears por diversos Reales Decretos de traspaso de funciones y servicios en materia de sanidad, cultura y turismo, formalizada mediante el Real Decreto 674/2014, de 1 de agosto, y se establece su adscripción. B.O.I.B. núm. 117, de 30 de agosto de 2014.
- Resolución de 11 de septiembre de 2014, de la Secretaría General de Sanidad y Consumo, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el desarrollo de un servicio tecnológico para la gestión de enfermedades crónicas. B.O.E. de 02 de octubre de 2014.
- Acuerdo de 20 de junio de 2014 del Consejo de Gobierno por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 13 de junio de 2014 por el que se modifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 17 de marzo de 2014 por el que se regula la bolsa general de empleo para personal estatutario temporal del Servicio de Salud de las Illes Balears. B.O.I.B. núm. 85 de 21 de junio de 2014.

- Acuerdo de 17 de octubre 2014, por el que se aprueba el Plan de ordenación de recursos humanos del Servicio de Salud por el que el Servicio de Pediatría del Hospital Comarcal de Inca se integra en el Servicio de Pediatría del Hospital Universitario Son Espases. B.O.I.B. de 18 de octubre de 2014.

### CANARIAS

- Decreto 94/2014, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Registro de Participación Ciudadana. B.O.C. núm. 190, de 01 de octubre de 2014.
- Decreto 96/2014, de 2 de octubre, por el que se establece el procedimiento para la integración, en la condición de personal estatutario, del personal funcionario sanitario que presta servicios en los centros e instituciones sanitarias integradas en el Servicio Canario de la Salud. B.O.C. de 10 de octubre de 2014.
- Orden de 4 de junio de 2014, por la que se establece la sectorización de la asistencia sanitaria especializada en el Área de Salud de Gran Canaria. B.O.C. núm. 113, de 13 de junio de 2014.
- Orden de 4 de junio de 2014, por la que se modifica la orden de 20 de abril de 2010, que crea el Comité de Seguridad de la Información del Servicio Canario de la Salud. B.O.C. núm. 115, de 17 de junio de 2014.
- Resolución de 25 de junio de 2014, de la Directora, por la que se aprueba el modelo normalizado de solicitud en materia de reintegro de gastos por asistencia sanitaria urgente. B.O.C. núm. 130, de 08 de julio de 2014.
- Resolución de 2 de septiembre de 2014, de la Directora, relativa a la ampliación de plazo por tiempo igual al inicialmente previsto, para resolver la tramitación de solicitudes de autorización de funcionamiento o modificación de oferta asistencial de centros, servicios y establecimientos sanitarios. B.O.C. núm. 176, de 11 de septiembre de 2014
- Resolución de 20 de septiembre 2014. Aprueba la denominación de Centros de la Red Hospitalaria de Utilización Pública. B.O.C. de 01 de octubre de 2014.

- Resolución de 20 de septiembre de 2014, de la Directora, por la que se aprueban y se actualizan modelos normalizados en materia de ordenación farmacéutica. B.O.C. núm. 196. de 09 de octubre de 2014.

### CANTABRIA

- Decreto 26/2014, de 29 de mayo, por el que se regula el procedimiento de autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios de la Comunidad Autónoma de Cantabria. B.O.C. núm. 110, de 10 de junio de 2014.
- Decreto 54/2014, de 25 de septiembre, por el que se modifica el Decreto 27/2011, de 31 de marzo, por el que se establece el Mapa Sanitario Autonómico de Cantabria. B.O.C. de 03 de octubre de 2014.
- Orden SAN/16/2014, de 21 de mayo, por la que se establecen las bases de la convocatoria del Plan de Formación para el Empleo de las Administraciones Públicas, correspondiente al personal de Instituciones Sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria 2014. B.O.C. núm. 101, de 28 de mayo de 2014.
- Orden PRE/40/2014, de 18 de agosto, que modifica la Orden PRE/21/2013, de 30 de mayo, que regula la creación y organización de la Red Cantabra de Escuelas Promotoras de Salud B.O.C. núm. 163, de 26 de agosto de 2014.
- Resolución de 8 de julio 2014. Ordena la publicación del Acuerdo por el que se establece la adecuación retributiva del complemento específico en el ámbito de la Atención Primaria del Servicio Cántabro de Salud. B.O.C. núm. 138, de 18 de julio de 2014.

### CASTILLA – LA MANCHA

- Ley 3/2014, de 21 de julio, de garantía de la atención sanitaria y del ejercicio de la libre elección en las prestaciones del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. D.O.C.M. núm. 142, de 25 de julio de 2014.
- Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha. D.O.C.M. de 17 de octubre de 2014.

- Resolución de 19 de septiembre de 2014, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la que se determina el calendario de días inhábiles a efectos de cómputo de plazos administrativos en el año 2015, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. D.O.C.M. núm. 192, de 6 de octubre de 2014.
- Resolución de 24 de septiembre de 2014, de la Dirección Gerencia, por la que se acuerda la constitución del Comité de Ética Asistencial de la Gerencia de Atención Integrada de Ciudad Real, y la supresión de los Comités de Ética Asistencial de Atención Primaria y Atención Especializada de Ciudad Real. D.O.C.M. de 06 de octubre de 2014.
- Orden SAN/686/2014, de 15 de julio. Amortiza y modifica Demarcaciones Asistenciales Médicas y de Enfermería en Castilla y León. B.O.Y.C.L., núm. 150, de 06 de agosto de 2014.
- Orden FAM/864/2014, de 24 de septiembre, de acreditación de Centros, Servicios y Establecimientos de Asistencia a Drogodependientes. B.O.C.Y.L., núm.201, de 20/10/2014.
- Resolución de 28 de mayo de 2014, del Presidente de la Gerencia Regional de Salud, por la que se fija la tarifa máxima para la prestación de asistencia sanitaria de tratamiento terapéutico de rehabilitación de trastornos del desarrollo del lenguaje primarios o secundarios a hipoacusia realizado con medios ajenos concertados en el ámbito de la Gerencia Regional de Salud. B.O.C.Y.L. núm. 115 de 18 de junio de 2014.
- Resolución de 28 de mayo de 2014, del Presidente de la Gerencia Regional de Salud, por la que se fija la tarifa máxima para la prestación de asistencia sanitaria de tratamiento terapéutico de rehabilitación de suelo pélvico realizado con medios ajenos concertados en el ámbito de la Gerencia Regional de Salud. B.O.C.Y.L. núm. 115 de 18 de junio de 2014.

### **CASTILLA Y LEÓN**

- Ley 4/2014, de 9 de mayo, de creación del Colegio Profesional de Dietistas-Nutricionistas de Castilla y León. B.O.C.Y.L. núm. 96 de 22 de mayo de 2014.
- Ley 5/2014, de 11 de septiembre, de medidas para la reforma de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. B.O.C.Y.L. núm. 181, de 19 de septiembre de 2014.
- Decreto 41/2014, de 21 de agosto, por el que se desconcentran competencias sancionadoras en materia sanitaria. B.O.Y.C.L. núm. 162, de 25 de agosto de 2014.
- Decreto 52/2014, de 16 de octubre, Crea y regula el Observatorio de la Comunidad de Castilla y León. B.O.C.Y.L., nº 201, de 20 de octubre de 2014.
- Orden SAN/475/2014, de 29 de mayo, por la que se modifica el artículo 5 de la Orden SAN/398/2010, de 23 de marzo, por la que se establece el procedimiento de funcionamiento de las bolsas de empleo para la selección del personal estatutario temporal del Servicio de Salud de Castilla y León. B.O.C.Y.L. núm. 113 de 14 de junio de 2014.
- Orden SAN/483/2014, de 5 de junio, por la que se regula el procedimiento de habilitación del personal conductor de los vehículos de transporte sanitario por carretera en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. B.O.C.Y.L. núm. 114 de 17 de junio de 2014.

### **CATALUÑA**

- Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia. D.O.G.C. de 17 de octubre de 2014.
- Decreto 86/2014, de 10 de junio, por el que se establece el sistema de acreditación de equipos de atención primaria en Cataluña. D.O.G.C. núm. 6642, de 12 de junio de 2014.
- Decreto 95/2014, de 1 de julio, por el que se establece el calendario de vacunaciones sistemáticas. D.O.G.C. núm. 6656, de 03 de julio de 2014.
- Decreto 108/2014, de 22 de julio, por el que se establece el procedimiento de acreditación de los centros y servicios de medicina del deporte. D.O.G.C. núm. 6671, de 24 de julio de 2014.
- Decreto 118/2014, de 5 de agosto, sobre la contratación y prestación de los servicios sanitarios con cargo al Servicio Catalán de la Salud. D.O.G.C. núm. 6681, de 07 de agosto de 2014.

- Decreto 119/2014, de 5 de agosto, de reestructuración del Departamento de Salud. D.O.G.C., núm. 6681, de 07 de agosto de 2014.
- Decreto 130/2014, de 30 de septiembre, de modificación del Decreto 332/2011, de 3 de mayo, de reestructuración del Departamento de Bienestar Social y Familia. D.O.G.C. núm. 6719, de 01/10/2014.
- Decreto 142/2014, de 21 de octubre, de modificación del Decreto 67/2010, de 25 de mayo, por el que se regula el sistema de notificación de enfermedades de declaración obligatoria y brotes epidémicos en el Departamento de Salud. D.O.G.C. de 23 de octubre de 2014.
- Orden SLT/191/2014, de 11 de junio, por la que se da publicidad a la relación de las tasas vigentes que gestiona el Departamento de Salud durante el año 2014. D.O.G.C. núm. 6653, de 30 de junio de 2014.
- Orden SLT/214/2014, de 4 de julio, por la que se actualiza el anexo del Decreto 196/2010, de 14 de diciembre, del sistema sanitario integral de utilización pública de Cataluña (SISCAT). D.O.G.C. núm. 6671, de 17 de julio de 2014.
- Orden SLT/299/2014, de 23 de septiembre. Composición de los consejos de dirección de los sectores sanitarios. D.O.G.C. de 08 de octubre de 2014.
- Orden SLT/313/2014, de 13 de octubre, por la que se actualiza el anexo del Decreto 196/2010, de 14 de diciembre, del sistema sanitario integral de utilización pública de Cataluña (SISCAT). D.O.G.C. de 24 de octubre de 2014.
- Orden BSF/304/2014, de 17 de septiembre, por la que se regula la concesión del reconocimiento de la formación de interés en servicios sociales para actividades de formación continuada por parte del Departamento de Bienestar Social y Familia. D.O.G.C. núm. 6730, de 17 de octubre de 2014.
- Resolución SLT/117/2014, de 8 de abril. Suprime varios consejos asesores del Servicio Catalán de la Salud y integra sus funciones en programas de armonización del propio Servicio Catalán de la Salud. D.O.G.C. núm. 6605, de 16 de abril de 2014.
- Resolución SLT/2158/2014, de 15 de septiembre, por la que se hace público el encargo de gestión del Instituto Catalán de la Salud a la Agencia de Calidad y Evaluación Sanitarias para el servicio de coordinación de las actuaciones de mejora de la atención de las personas con riesgo cardiovascular, ictus y otras patologías. D.O.G.C. núm. 29 de septiembre de 2014.
- Resolución de 16 de septiembre de 2014, de la Secretaría General de Sanidad y Consumo, por la que se publica el Acuerdo entre la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y la Generalitat de Cataluña, por el que se fijan las condiciones en la adquisición de talonarios de recetas oficiales de estupefacientes. D.O.G.C. de 02 de octubre de 2014.
- Resolución SLT/2317/2014, de 15 de octubre, por la que se establecen las actuaciones a llevar a cabo y los requerimientos a cumplir en el ámbito de los centros y servicios sanitarios en relación con el brote de fiebre hemorrágica por el virus del Ébola. D.O.G.C. de 23 de octubre de 2014.
- Acuerdo 4/2014, de 27 de febrero, del Consejo de Administración del Instituto Catalán de la Salud (ICS), por el que se modifica el Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud para el periodo 2012-2015. D.O.G.C. núm. 6594, de 01 de abril de 2014.
- Acuerdo GOV/85/2014, de 3 de junio, por el que se declara de interés público el desarrollo de una segunda actividad como cargo de las juntas de gobierno de los colegios de médicos de Cataluña por parte del personal del cuerpo de médicos forenses adscrito al Instituto de Medicina Legal de Cataluña. D.O.G.C. núm. 6638, de 5 de junio de 2014.
- Acuerdo /106/2014, de 15 de julio, de aprobación del manual de estándares de acreditación de equipos de atención primaria. D.O.G.C. núm. 6666 de 17 de julio de 2014.
- Acuerdo GOV/118/2014, de 5 de agosto, por el que se declara de interés público el desarrollo de otro puesto de trabajo de carácter asistencial en determinados ámbitos del sector público por parte del personal titulado en enfermería. D.O.G.C. mí, 6681, de 07 de agosto de 2014.



- Acuerdo 28/2014, de 25 de septiembre, de la Comisión Ejecutiva del Consejo de Administración del Instituto Catalán de la Salud, por el que se regulan los criterios para la creación, modificación y extensión de servicios jerarquizados del Instituto Catalán de la Salud. D.O.G.C. núm. 6724, de 09/10/2014.

### **EXTREMADURA**

- Ley 9/2014, de 1 de octubre, por la que se regula la Renta Básica Extremeña de Inserción. D.O.E. de 02 de octubre de 2014.
- Decreto 140/2014, de 1 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y Política Sociosanitaria. D.O.E. núm. 127, de 03 de julio de 2014.
- Orden de 9 de junio de 2014 por la que se convoca, en la Comunidad Autónoma de Extremadura, el procedimiento de reconocimiento, evaluación y acreditación de las competencias profesionales de la cualificación profesional de transporte sanitario, adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación. D.O.E. núm. 120 de 24 de junio de 2014.
- Orden de 6 de octubre de 2014 por la que se establecen los criterios de actuación en los procesos electorales a órganos de representación del personal al servicio de la Junta de Extremadura y se aprueban las instrucciones sobre los permisos de los empleados públicos. D.O.E. de 10 de octubre de 2014.
- Orden de 17 de octubre de 2014 por la que se establecen las bases y se convoca el procedimiento de elección de las vocalías que representan a las asociaciones, fundaciones y federaciones de asociaciones de pacientes y/o familiares en el Consejo Regional de Pacientes de Extremadura. D.O.E. de 29 de octubre de 2014.

### **GALICIA**

- Ley 7/2014, de 26 de septiembre, de archivos y documentos de Galicia. D.O.G. de 07 de octubre de 2014.
- Resolución de 10 de julio de 2014, de la Dirección General de Recursos Humanos, por la que se autorizan y se publican diversos acuerdos adoptados por la Comisión central de seguimiento del Pacto sobre selección de personal estatutario

temporal en el ámbito del Servicio Gallego de Salud y de las entidades públicas adscritas a la Consellería de Sanidad. D.O.G. núm. 136, de 18 de julio de 2014.

### **MADRID**

- Orden 629/2014, de 1 de julio, conjunta de la Consejería de Sanidad y de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, por la que se establece la colaboración entre ambas para la atención sanitaria de alumnos escolarizados en centros educativos públicos de la Comunidad de Madrid que presentan necesidades sanitarias de carácter permanente o continuado. B.O.C.M. de 23 de julio de 2014.
- Resolución de 16 de julio de 2014, de la Gerencia del Hospital General Universitario “Gregorio Marañón”, por la que se aprueba la Carta de Servicios del Servicio de Psiquiatría del Niño y del Adolescente. B.O.C.M. núm. 190, de 12 de agosto de 2014.
- Acuerdo de 12 de junio de 2014, del Consejo de Gobierno, por el que se actualiza el Catálogo de Servicios y Actividades de Naturaleza Sanitaria susceptibles de ser retribuidos mediante precios públicos en el ámbito de la Comunidad de Madrid. B.O.C.M. de 10 de julio de 2014.

### **MURCIA**

- Ley 6/2014, de 13 de octubre, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, derivada de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. B.O.R.M., núm. 241, de 17 de octubre de 2014.
- Decreto 146/2014, de 16 de mayo, por el que se modifica el Decreto 46/2014, de 14 de abril, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Consejería de Sanidad y Política Social. B.O.R.M. núm. 114 de 20 de mayo de 2014.
- Decreto 209/2014, de 3 de octubre, por el que se desarrolla el Sistema de Hemovigilancia y la Red Regional de Hemodonación de la Región de Murcia. B.O.R.M. de 07 de octubre de 2014.

- Decreto-Ley 1/2014, de 27 de junio, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, derivado de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. B.O.R.M. núm. 147, de 28 de junio de 2014.
- Orden de 10 de abril de 2014, de la Consejería de Sanidad y Política Social por la que se modifica la Orden de 12 de noviembre de 2002, de la Consejería de Sanidad y Consumo por la que se regula la selección del personal estatutario temporal del Servicio Murciano de Salud. B.O.R.M. núm. 97 de 29 de abril de 2014.
- Orden de 17 de julio de 2014. Actualiza y aprueba la clasificación y relación de las zonas farmacéuticas de la Región de Murcia. Consejería Sanidad y Política Social. B.O.R.M. núm. 175, de 31 de julio de 2014.
- Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud por la que se autoriza la apertura y funcionamiento de una unidad de distribución de talonarios de recetas médicas oficiales en la Gerencia de Urgencias y Emergencias Sanitarias 061 de la Región de Murcia. B.O.R.M. núm. 76 de 02 de abril de 2014.
- Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud por la que se publica el acuerdo del Consejo de Administración del Servicio Murciano de Salud por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento de la Comisión Regional de Farmacia y Terapéutica. B.O.R.M. núm. 90 de 21 de abril de 2014.
- Resolución de 23 de mayo de 2014, del Director Gerente, por la que se crea la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud. B.O.R.M. núm. 127, de 4 de junio de 2014.
- Resolución de 19 de junio de 2014 de la Dirección General de Planificación Sociosanitaria, Farmacia y Atención al Ciudadano, por la que se aprueba y da publicidad a Protocolo de las Garantías Mínimas de Calidad y Seguridad exigibles para la utilización de plasma rico en plaquetas (PRP) en la Región de Murcia. B.O.R.M. núm. 151, de 03 de julio de 2014.
- Resolución de 28 de julio 2014. por la que se establece el régimen de ayudas para pacientes del Servicio Murciano de Salud por desplazamiento y estancia derivada de la asistencia sanitaria. B.O.R.M. núm. 182, de 08 de agosto de 2014.
- Resolución de 1 de agosto 2014. Define las agrupaciones de zonas farmacéuticas a los efectos señalados en el artículo 22 del Decreto núm. 44/98, de 16-7-1998 (LRM 1998\162) que regula el régimen de atención al público y la publicidad de las oficinas de farmacia. B.O.R.M. núm. 183, de 09 de agosto de 2014.
- Resolución de 9 de septiembre de 2014 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud por la que se modifica la Resolución de 28 de julio de 2014 que desarrolla la Orden de 19 de octubre de 2010 de la Consejería de Sanidad y Consumo, por la que se establece el régimen de ayudas para pacientes del SMS por desplazamiento y estancia derivada de la asistencia sanitaria. B.O.R.M. núm. 216, de 18 de septiembre de 2014.
- Resolución de 12 de septiembre de 2014, de la Secretaría General de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se dispone la publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia del Acuerdo de la Mesa General de Negociación de las condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración Pública de la Región de Murcia, sobre protocolo de actuación para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, en el ámbito de la Administración Pública de la Región de Murcia, ratificado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 25 de julio de 2014. B.O.R.M. núm. 223, de 26 de septiembre de 2014.
- Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud por la que se aprueba el modelo para acreditar la condición de persona con discapacidad por los integrantes de las bolsas de trabajo ordinarias del Servicio Murciano de Salud. B.O.R.M. núm. 227, de 01 de octubre de 2014.
- Resolución de 24 de octubre de 2014 por la que se modifica la Resolución de 28 de julio de 2014, del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, que desarrolla la Orden de 19 de octubre de 2010 de la Consejería de Sanidad y Consumo, por la que se establece el régimen de ayudas para pacientes del Servicio Murciano de Salud por desplazamiento y estancia derivada de la asistencia sanitaria. B.O.R.M. de 31 de octubre de 2014.

- Instrucción 4/2014, de 31 de julio. Prestación de asistencia sanitaria en los centros del SMS, a los extranjeros que se encuentren en las situaciones especiales recogidas en el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28-5-2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. B.O.R.M. núm. 203, de 03 de septiembre de 2014.

## NAVARRA

- Decreto Foral 58/2014, de 16 de julio, de medidas tendentes a la accesibilidad universal en la atención a los ciudadanos dispensada por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus Organismos Autónomos. B.O.N. núm. 160, de 18 de agosto de 2014.
- Orden Foral 41/2014, de 21 de mayo, de la Consejera de Salud, por la que se crea el Servicio de Medicina Intensiva del Complejo Hospitalario de Navarra. B.O.N. núm. 111, de 9 de junio de 2014.
- Orden Foral 53/2014, de 13 de junio, modifica la Orden Foral 129/2008, de 28-10-2008, de la Consejera de Salud, por la que se establece el procedimiento especial regulador del sistema de acoplamiento interno previo en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. B.O.N. núm. 122, de 24 de junio de 2014.
- Orden Foral 56/2014, de 19 de junio, de la Consejera de Salud, por la que se crea el Servicio de Oftalmología del Complejo Hospitalario de Navarra. B.O.N. núm. 137, de 15 de julio de 2014.
- Orden Foral 63/2014, de 14 de julio, de la Consejera de Salud, por la que se crea el Servicio de Urología del Complejo Hospitalario de Navarra. B.O.N. núm. 146, de 28 de julio de 2014.
- Orden Foral 62/2014, de 4 de julio, de la Consejera de Salud, por la que se aprueban las normas de gestión de las listas de aspirantes a la contratación temporal en los centros y establecimientos de los organismos autónomos adscritos al Departamento de Salud. B.O.N. núm. 167, de 27 de agosto de 2014.
- Orden Foral 81/2014, de 19 de agosto, de la Consejera de Salud, por la que se establece la estructura orgánica de la Dirección de Enfermería del Complejo Hospitalario de Navarra. B.O.N. núm. 187, de 24 de septiembre de 2014.

- Resolución 619/2014, de 5 de junio. LNA 2014\181 Aprueba las «Instrucciones de programación y funcionamiento de las consultas de Atención Especializada y Salud Mental en los centros dependientes del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. B.O.N. núm. 117, de 17 de junio de 2014.
- Resolución 626/2014, de 5 de junio, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud -Osasunbidea, por la que se actualizan las tarifas por los servicios prestados por el Servicio Navarro de Salud. B.O.N. núm. 133, de 09 de julio de 2014.
- Resolución 951/2014, de 26 de septiembre, de la Directora Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se especifican las Unidades de Enfermería comprendidas en cada uno de los ámbitos de trabajo establecidos en la Orden Foral 62/2014, de 4 de julio, de la Consejera de Salud, a efectos de la gestión de las contrataciones temporales de corta duración. B.O.N. de 02 de octubre de 2014.

## PAÍS VASCO

- Orden Foral 3966/2014, de 26 de mayo, del diputado de Presidencia sobre determinación de los supuestos de aplicación del procedimiento establecido en el Decreto Foral 64/2014 de la Diputación Foral de Bizkaia por el que se regula el procedimiento de autorización para la contratación de personal laboral temporal y el nombramiento de funcionarios interinos y de personal estatutario temporal por parte de la Entidades Locales de Bizkaia. B.O.B. núm. 101, de 29 de mayo de 2014.
- Orden de 23 de julio de 2014, del Consejero de Salud, por la que se establece la definición de caso registrable y las variables que deben constar en la declaración de casos al Registro de Enfermedades Raras de la Comunidad Autónoma de Euskadi. B.O.P.V. núm. 174, de 15 de septiembre de 2014.
- Orden de 16 de octubre 2014, del Consejero 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. B.O.P.V. de 29 de octubre de 2014.
- Resolución de 29 de mayo 2014. Actualiza los modelos de receta médica de Osakidetza-Servicio vasco de salud. B.O.P.V. núm. 110 de 12 de mayo de 2014.

**LA RIOJA**

- Ley 2/2014, de 3 de junio, de medidas para la garantía y la continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de La Rioja. B.O.R. núm. 71, de 6 de junio de 2014.
- Decreto 26/2014, de 13 de junio, por el que se establecen normas en relación con la profilaxis vacunal contra la rabia en la Comunidad Autónoma de La Rioja. B.O.R. 75, de 18 de junio de 2014.

**VALENCIA**

- Decreto 136/2014, de 8 de agosto, del Consell, por el que se regula el procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación en el servicio activo y la jubilación voluntaria del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias dependientes de la Conselleria de Sanidad. D.O.C.V. núm. 7336, de 11 de agosto de 2014.
- Decreto 157/2014, de 3 de octubre, del Consell, por el que se establecen las autorizaciones sanitarias y se actualizan, crean y organizan los registros de ordenación sanitaria de la Conselleria de Sanidad. D.O.C.V. 07 de octubre de 2014.
- Orden 9/2014, de 1 de agosto, de la Conselleria de Sanidad, por la que se desarrolla el procedimiento de evaluación para el encuadramiento inicial o la progresión de grado en el sistema de carrera profesional en el ámbito de las Instituciones Sanitarias de la Conselleria de Sanidad, regulado por Decreto 66/2006, de 12 de mayo, del Consell. D.O.C.V., núm. 7349, de 29 de agosto de 2014.
- Orden 10/2014, de 1 de agosto, de la Conselleria de Sanidad, por la que se desarrolla el procedimiento de evaluación para el encuadramiento inicial y la progresión de grado en los sistemas de carrera y desarrollo profesionales en el ámbito de las Instituciones Sanitarias de la Conselleria de Sanidad, regulados por los Decretos 85/2007 y 173/2007 del Consell. D.O.C.V., núm. 7349, de 29 de agosto de 2014.
- Orden 13/2014, de 15 de septiembre, del conseller de Sanidad, por la que se modifica la Orden 1/2014, de 23 de enero de 2014, por la que se delegan competencias en materia de contratación administrativa y de gestión económica en determinados órganos de la Conselleria. D.O.C.V. núm. 7363, de 18 de septiembre de 2014.
- Resolución de 28 de mayo de 2014, del conseller de Sanitat, por la que se aprueba el Plan Anual de Inspección de Servicios Sanitarios para el año 2014. D.O.C.V. núm. 7309, de 03 de julio de 2014.
- Resolución de 2 de septiembre de 2014, del conseller de Hacienda y Administración Pública, por la que se da publicidad al acuerdo de la Mesa General de Negociación I de la Generalitat, de personal funcionario, estatutario y laboral, sobre el abono de los días devengados de la paga extraordinaria de diciembre de 2012. D.O.C.V. núm. 7361, de 16 de septiembre de 2014.
- Resolución de 3 de octubre de 2014, del conseller de Sanidad, por la que se delegan competencias en materia de responsabilidad patrimonial. D.O.G.V. núm. 7380, de 15 de octubre de 2014.

# NORMAS DE PUBLICACIÓN

## ESTUDIOS Y COMUNICACIONES

1. Los originales que se presenten para publicación deberán ser inéditos.
2. En el caso de los ESTUDIOS que aborden en profundidad cualquier tema del Derecho Sanitario, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 80 páginas.
3. En el caso de las COMUNICACIONES que realicen una crónica, apunte o conclusión breve respecto a un tema del Derecho Sanitario, la extensión máxima no podrá superar las 20 páginas.
4. Tanto los ESTUDIOS como las COMUNICACIONES deberá remitirse por correo electrónico a ([dlarios@jccm.es](mailto:dlarios@jccm.es) y [mdgonzalezg@sescam.jccm.es](mailto:mdgonzalezg@sescam.jccm.es)), indicándose en el mismo título original y datos del autor/es.
5. En todo caso se utilizará letra tipo “times new roman”, tamaño 12 para el texto principal y tamaño 10 para las notas a pie de página. No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados, ni subrayados. No deben dividirse las palabras con guiones al final de la línea, ni se dejarán líneas en blanco.
6. La primera página debe de incluir, por este orden:
  - a. Título del artículo
  - b. Nombre y apellidos del autor o autores
  - c. Profesión o título académico del autor y Centro o Institución de trabajo
  - d. Índice o sumario
  - e. Un breve resumen (ABSTRACT) en español e inglés de 20-30 palabras acompañado de 3-5 palabras clave, en los dos idiomas.
  - f. Nombre y dirección del autor o autores y dirección (postal o e-mail) al que los lectores pueden dirigir la correspondencia.
  - g. Fecha de finalización del trabajo
7. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice, siguiendo los siguientes modelos:
  - a. Libros: LAÍN ENTRALGO, Pedro: *La relación médico-enfermo*, Alianza Editorial, Madrid 1983, p36 [o pp. 36-39].
  - b. Capítulos de libros: ESER, Albin: “Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica” en MIR PUIG, S. (Ed.): *Avances de la medicina y derecho penal*, Barcelona, 1988, p.12 [o pp. 12 y ss].
  - c. Artículos de revistas: MORALES PRATS, Fermín: “Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitario”, *Derecho y Salud*, Vol, 9, núm.2, 2001, pp. 141-149.
  - d. Jornadas o Ponencias: PUIG, Jaume: “Innovación tecnológica y mercado sanitario: de la macro-regulación a la micro-regulación”, Ponencia presentada en las *XIV Jornadas de Economía de la Salud: Cambios en la regulación sanitaria*, Asociación de Economía y Salud, Barcelona, 1995, p. 342.
  - e. Sitios de Internet: BARRIOS FLORES, Luis Fernando. El internamiento psiquiátrico en España: de Valencia a Zaragoza (1409-1808). *Rev Cubana Salud Pública*. [online]. Jul.-dic. 2002, vol.28, no.2, p.224-245. Disponible en la URL: [http://cielo.sld.cu/cielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0864-34662002000200009&lng=es&nrm=iso](http://cielo.sld.cu/cielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662002000200009&lng=es&nrm=iso). [Con acceso el 4.3.2006].
8. Los manuscritos serán valorados anónimamente por evaluadores externos al Consejo Editorial de la Revista, expertos en la materia, quienes informarán sobre la conveniencia de su publicación y, en su caso, de introducir modificaciones en el texto.
 

Adicionalmente, se realizará una revisión por pares que garantice la objetividad de la evaluación.





Asociación Juristas de la Salud  
 Facultad de Derecho  
 Plaza de la Universidad nº 1  
 02071 Albacete - España  
<http://www.ajs.es>

## SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN A LA REVISTA DERECHO Y SALUD

### DATOS SUSCRIPCIÓN

Nombre/Razón Social: \_\_\_\_\_  
 Departamento/Servicio: \_\_\_\_\_  
 Número de ejemplares: \_\_\_\_\_  
 Dirección: \_\_\_\_\_  
 Código Postal: \_\_\_\_\_  
 Población: \_\_\_\_\_  
 Teléfono/s: \_\_\_\_\_  
 Fax: \_\_\_\_\_  
 Dirección e-mail: \_\_\_\_\_  
 DNI/NIF: \_\_\_\_\_

### FORMA DE PAGO

Transferencia  A la cuenta 0182-6022-31-0201538629

Domiciliación Bancaria

Titular de la cuenta: \_\_\_\_\_  
 NIF del titular: \_\_\_\_\_  
 Entidad Bancaria: \_\_\_\_\_  
 Oficina: \_\_\_\_\_  
 Dirección oficina: \_\_\_\_\_  
 Código Entidad:  (4 dígitos)  
 Código Sucursal:  (4 dígitos)  
 Dígitos de Control:  (2 dígitos)  
 Cuenta:  (10 dígitos)

Importe de la suscripción 62 euros anuales (dos revistas)

Remitir a: [info@ajs.es](mailto:info@ajs.es)

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "suscriptores" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a [info@ajs.es](mailto:info@ajs.es), indicando "derechos ARCO".



Asociación Juristas de la Salud  
Facultad de Derecho  
Plaza de la Universidad nº 1  
02071 Albacete - España  
<http://www.ajs.es>

## SOLICITUD DE ASOCIACIÓN

### DATOS SUSCRIPCIÓN

Nombre: \_\_\_\_\_  
Primer apellido: \_\_\_\_\_  
Segundo apellido: \_\_\_\_\_  
Dirección: \_\_\_\_\_  
Código Postal: \_\_\_\_\_  
Población: \_\_\_\_\_  
Teléfono/s: \_\_\_\_\_  
Fax: \_\_\_\_\_  
Dirección e-mail: \_\_\_\_\_  
DNI/NIF: \_\_\_\_\_

### DATOS BANCARIOS

Titular de la cuenta: \_\_\_\_\_  
NIF del titular: \_\_\_\_\_  
Entidad Bancaria: \_\_\_\_\_  
Oficina: \_\_\_\_\_  
Dirección oficina: \_\_\_\_\_  
Código Entidad:  (4 dígitos)  
Código Sucursal:  (4 dígitos)  
Dígitos de Control:  (2 dígitos)  
Cuenta:  (10 dígitos)

### ENVÍO CORRESPONDENCIA (cuando sea diferente del domicilio)

Lugar de trabajo: \_\_\_\_\_  
Cargo: \_\_\_\_\_  
Dirección: \_\_\_\_\_  
Código Postal: \_\_\_\_\_

Cuota de la Asociación 82 euros anuales

Remitir a: [info@ajs.es](mailto:info@ajs.es)

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "socios" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a [info@ajs.es](mailto:info@ajs.es), indicando "derechos ARCO".