# 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

### 1.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 10 DE OCTUBRE DE 2011.PRESTACIÓN ORTOPROTÉSICA Y ACCIDENTE DE TRABAJO.

Trabajador que a raíz de un accidente laboral necesita utilizar prótesis de miembro inferior valorda en 10.000 €. El Servicio de Salud de Castilla y Léon –SACYL- se niega a reembolsar al interesado el importe total de la prestación, sanitaria, y limita el abono de la prótesis a las cuantías señaladas en el Catálogo General de material ortoprotésico vigente en el ámbito del SACYL

La Sala recuerda que debe diferenciarse entre la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, regulada con carácter general en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, y la asistencia sanitaria por accidente o enfermedad profesional, que es aquélla a la que se refiere el art. 11 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan Normas sobre prestación de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, que establece que la asistencia sanitaria por accidente de trabajo/enfermedad profesional, debe prestarse "*de la manera más completa*".

### 2.- LIMITACIONES A LA PRESTACIÓN SANITARIA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

El Juzgado de los Social número 8 de Murcia ha estimado la pretensión de la paciente derecibir un segundo ciclo de F.I.V. (fecundación in Vitro) con diagnóstico previo preimplantacional.

Dentro de la cartera de servicios de la sanidad pública, la demandante recibió un primer ciclo a principio de 2009 de fecundación in vitro con diagnóstico previo preimplantacional por ser portadora de una enfermedad genética, en concreto una distrofia muscular de Becker. Éste primer intento resultó fallido, por lo que en octubre de ese mismo año fue incluida en lista de espera para segundo ciclo de FIV+DGP.

Sin embargo en marzo de 2010 la paciente recibió notificación de que la habían sacado de la lista de espera debido a que estaba incluida en la misma por un error, ya que el nuevo pliego de prestaciones limitaba los ciclos de este tipo de tratamiento a uno (antes se hacían hasta tres).

La afectada reclamó ante el Servicio Murciano de Salud por entender que la Ley de Reproducción Asistida no limita el número de veces que se pueden realizar los ciclos, sino que simplemente se remite a que haya posibilidades razonables de éxito, y además que se aplicará el diagnóstico preimplantacional para la detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento en la actualidad.

La Sentencia reconoce el derecho que le asiste a la mujer por entender (como ya hicera el Defensor del Pueblo) que para limitar los servicios de la cartera de la sanidad pública no son válidos protocolos internos carentes de valor normativo, sino que se requiere al menos la previa publicación en el boletín oficial.

A su vez, la Sentencia dictada por el Juzgado de lo social nº 1 de Guadalajara, de 30 de mayo de 2012 se pronuncia sobre el recurso interpuesto por una paciente, afectada de esterilidad secundaria, que ya se había sometido a tratamientos de fertilidad de forma infructuosa, y a la que se desestima su solicitud de orden de asistencia para tratamiento de fecundación in vitro en centro privado por no estar disponible la

técnica en su hospital de referencia, aplicando a tal efecto el criterio fijado por la Comisión Regional de exclusión de este tipo de técnicas a parejas que cuentan con al menos un hijo en común -que es el caso de la actora-.

La decisión adoptada por la Administración es confirmada por el juez , para quién la denegación de la financiación necesaria para el tratamiento resulta ajustada a Derecho, ya que:

> "*la decisión se adopta en el ámbito de competencias de la administración y se refiere a tratamientos que se deben realizar fuera de la red hospitalaria, por haber resultado infructuosos los anteriores tratamientos. Los criterios adoptados por la Comisión regional de fecundación pueden ser criticables pero se establecen en función de un orden de prioridades, que responden a circunstancias objetivas , como no es posible dispensar el tratamiento necesario a todos los posibles interesados se prioriza a las personas que no tienen descendencia respecto de las que ya la tienen. Por todo ello, la decisión cuestionada no es arbitraria…*
>
> Además añade respecto del cuestionamiento que hace la actora de que se aplique por la Administración un acuerdo adoptado con posterioridad al inicio de los tratamientos de fertilidad, que *"no existe derecho a continuar indefinidamente todo tipo de prácticas y tratamientos y además el tratamiento inicial no contenía la previsión de la fertilidad in vitro"*.

**3.- STSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 9 DE JULIO DE 2012, SALA DE LO SOCIAL, SOBRE REINTEGRO DE GASTOS POR LA ADQUISICIÓN DE UN CASCO ORTOPROTÉSICO PARA PLAGIOCEFALIA, EN CONCRETO UNA ÓRTESIS CRANEAL REMODELADORA PARA IMPEDIR EL CRECIMIENTO IRREGULAR DEL CRÁNEO.**

La Sentencia condena al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha a reintegrar las cantidades solicitadas por el actor pese a existir un informe elaborado en el año 2009 por el Instituto de Salud Carlos III sobre la conveniencia de no "incluir" en la cartera de prestaciones del Sistema Nacional de Salud este tipo de productos, pues a juicio de este organismo público, responsable de evaluar la eficacia y eficiencia de las tecnologías sanitarias, estos productos no forman parte del catálogo propio de la prestación ortoprotésica, aconsejando que no se incluya su financiación por no existir suficiente evidencia científica sobre su utilidad terapéutica. La Sala, por el contrario, estima la pretensión del usuario pues:

a) Se trata de una prótesis que se viene concediendo regularmente. Es más, a la actora, madre de gemelos, ya se le reconoció judicialmente este mismo derecho respecto de una prótesis similar para otro de sus hijos, por lo que dice la Sala "*no existen razones de peso que conduzcan a adoptar una solución distinta para el segundo de sus hijos.*

b) Resulta determinante el hecho de que sean los propios facultativos especialistas en neurología del Sistema Nacional de Salud los que prescriban su uso.

c) Cualquier actualización de la cartera de servicios, requiere que se lleve a cabo a través de una Orden del Ministerio, sin que sea suficiente un mero informe de la citada Comisión.

**4.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2012. ISOCRONAS Y ATENCIÓN DE URGENCIA.**

El Instituto Catalán de Salud y el Consorcio Hospitalario de Vic acuerdan proceder a la reordenación de la atención continuada a través de la implantación de un servicio de gestión integrada de atención continuada y de urgencias en la comarca de Osona.

El funcionamiento nocturno de la atención continuada es asumido por el Punto de Atención Continuada (PAC) de Vic, que tiene un área de influencia de 10 áreas básicas de salud, y la isocrona excede de 30 minutos en relación con los municipios indicados en la demanda.

La Sala estima el recurso pues el artículo 15 del Decreto 258/2007, de 27 de noviembre, establece claramente que el ámbito de actuación territorial de los centros de prestación presencial de atención continuada y urgente, puede abarcar el territorio de entre 1 y 6 áreas básicas de salud y la isocrona entre los centros de salud y su área de influencia y el PAC no tiene que ser superior a 30 minutos con los medios de transporte habitual.

## CONTRATACIÓN PÚBLICA

### 1.- AUTO DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 1 DE SANTANDER. APLICACIÓN MEDIDA CAUTELAR DEL ART. 200 BIS DE LA LCSP (217 TRLCSP) Y MEDICAMENTOS.

Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander de 31 de octubre de 2011, que condena al Servicio Cántabro de Salud al pago de las facturas- 2.409.353, 42 €- reclamadas por el Laboratorio Roche Farma, S.A. que solicitó la aplicación de la medida cautelar del art. 200 bis de la LCSP- ahora artículo 217 del Real Decreto-Legislativo 3/2011-.

El juez estima la pretensión de la mercantil ya que:

- La Administración no ha pagado el precio ni ha resuelto de forma expresa sobre la reclamación.
- Ha transcurrido el plazo de 1 mes.
- Se aportan facturas giradas, pagadas y pendientes.
- No se niega la existencia del contrato ni de la deuda.
- No se alega pago o extinción de la obligación.
- No se discute el importe de la deuda.
- No se aporta prueba alguna sobre un concreto y real perjuicio que el abono inmediato de la cantidad podría generar al funcionamiento de la Administración.

La aplicación del nuevo procedimiento jurisdiccional cautelar regulado en el artículo 200 bis de la LCSP (217 del TRLCSP) a las reclamaciones posteriores a su entrada en vigor formuladas contra la inactividad de la Administración, y fundadas en contratos anteriores al cambio legal, ha sido confirmada por la STS de 7 de noviembre de 2012.

### 2.- STS DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2012. LEGITIMACIÓN IMPUGNACIÓN DE PLIEGOS DE CONVENIO SINGULAR DE VINCULACIÓN.

Se discute la falta de legitimación de los empleados de la sanidad pública destinados en el Centro de Pontones, uno de los afectados por el convenio singular celebrado con la Fundación Jiménez Díaz, para impugnar dicho convenio.

El Tribunal Supremo, a diferencia de la Sala de instancia, que no apreció legitimación porque no eran participantes en el procedimiento de selección, sí reconoce legitimación a los interesados en cuanto titulares de un interés legítimo (la anulación del convenio comportaría también los efectos perjudiciales que se derivan de su entrada en vigor, tales como traslados forzosos, supresión del laboratorio…).

La Sentencia considera que el argumento empleado en instancia sería admisible si lo que se pretendiese es impugnar los actos de adjudicación, pero no si como sucede en este caso se pretende combatir la legalidad de los actos preparatorios del convenio y del expediente.

### 3.- STJUE DE 15 DE MARZO DE 2012. CENTRO SANITARIO Y DIFUSIÓN DE FONOGRAMAS

La SGAE italiana- la SCF- presenta demanda contra un dentista de Turín, que difundía en su consulta privada y como música de fondo, fonogramas sujetos a protección, y que dicha actividad, al constituir una "*comunicación al público*" está sujeta al pago de una remuneración equitativa.

El tribunal italiano plantea una cuestión prejudicial al TJUE sobre si la difusión gratuita de fonogramas realizada en una consulta odontológica, en el marco del ejercicio de una profesión liberal, a favor de los clientes, constituye una "*comunicación al público*", y si procede por tanto, el derecho a percibir una remuneración.

La respuesta del TJUE es negativa ya que tal difusión por parte del dentista no tiene carácter lucrativo, "*Es decir, los pacientes de un dentista acuden a una consulta de odontología con el único objeto de ser atendidos, no siendo inherente a la asistencia odontológica la difusión de fonogramas. Acceden a determinados fonogramas, en función del momento de su llegada al consultorio y de la duración de su espera así como de la naturaleza del tratamiento que se les dispense, de manera fortuita, y con independencia de sus deseos*", y además, "no *cabe negar que, en una situación como la del procedimiento principal, un dentista que difunde fonogramas, como música de fondo, en presencia de sus pacientes, no puede razonablemente esperar un aumento de sus pacientes debido únicamente a esta difusión, ni aumentar los precios de los tratamientos que proporciona. Por consiguiente, tal difusión no puede, por sí sola, repercutir en modo alguno en los ingresos de dicho dentista*".

La extrapolación de este pronunciamiento judicial a los televisores en centros hospitalarios de titularidad pública, permitiría eximir a los hospitales del pago de cantidad alguna a la SGAE, ya que no existe ánimo de lucro y no se persigue captar pacientes para obtener ingresos adicionales, sino tan solo contribuir con ello al confort y bienestar de los enfermos durante su estancia- involuntaria- en un centro sanitario.

No obstante, el elemento de la gratuidad reviste una gran importancia, como así lo ha declarado la Sentencia del juzgado Mercantil nº 6 de Barcelona, de 24 de enero de 2011. En efecto, este último es el factor clave para determinar si se debe o no abonar por parte del centro sanitario el precio correspondiente a la tarifa preestablecida. Así pues, si el establecimiento se limita a poner a disposición de los pacientes el aparato receptor y la señal, la habitación tendrá la consideración de ámbito estrictamente doméstico.

### 4.- STS DE 26 DE ENERO DE 2012. SUCESIÓN EMPRESARIAL Y REVERSIÓN DE EXPLOTACIÓN DE UN SERVICIO ASISTENCIAL A LA ADMINISTRACIÓN.

Los trabajadores demandantes tenían relación laboral con la empresa concesionaria encargada de la prestación de servicios asistenciales en un centro geriátrico. Dicha empresa cesó en la gestión del servicio asistencial, que por reversión, pasó a manos del Ayuntamiento que asumió la gestión del servicio asistencial hasta la adjudicación del contrato a una nueva empresa concesionaria. Como consecuencia de la reversión del servicio, los trabajadores pasaron a tener relación laboral con el ayuntamiento.

En este contexto, y debido al impago de salarios por la empresa concesionaria, los trabajadores demandaron a la empresa y al Ayuntamiento como responsables solidarios como consecuencia de la sucesión de empresa.

La Sentencia del Juzgado de lo Social declaró la inexistencia de responsabilidad solidaria del Ayuntamiento, si bien el recurso de suplicación interpuesto por los trabajadores fue estimado, condenando al pago de los salarios a la empresa concesionaria y al Ayuntamiento de forma solidaria.

Contra la STSJ se alza el Ayuntamiento que interpone recurso de casación para la unificación de doctrina. La Sala razona que, tras cesar la empresa concesionaria en la gestión del servicio público de asistencia geriátrica, el Ayuntamiento asumió directamente dicha gestión y explotación sin solución de continuidad, y se hizo cargo de todos los trabajadores hasta que se adjudicara la explotación del servicio a una nueva empresa. El TS declara la existencia de sucesión de empresa y la consiguiente responsabilidad solidaria del Ayuntamiento codemandado por las deudas salariales contraídas por la anterior concesionaria con los trabajadores.

## PROFESIONES SANITARIAS

### 1.- SENTENCIA DEL TS DE 15 DE MARZO DE 2010. INCIDENCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL ÁMBITO DE LAS PROFESIONES SANITARIAS. LA ESPECIALIDAD DE NEUROFISIOLOGÍA CLÍNICA.

La Sociedad Española de Neurofisiología Clínica había solicitado de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid que declarase la obligatoriedad de que las pruebas neurofisiológicas que se realicen en el ámbito hospitalario de la mencionada Comunidad Autónoma sean realizadas exclusivamente por especialistas que estén en posesión del título de la especialidad de Neurofisiología Clínica.

Denegada la petición por silencio administrativo, se interpuso el correspondiente recurso de alzada ante la misma Consejería, que tampoco en esta ocasión se pronunció de forma expresa.

La Sentencia de instancia, aplicando el artículo 43 de la Ley 30/1992, considera que la falta de respuesta al recurso de alzada deducido frente a la desestimación presunta de esa reclamación supone la estimación del recurso, teniendo a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. Además, la estimación por silencio administrativo de la petición de la referida sociedad médica no contraviene la prohibición de adquirir por la vía del silencio, facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición (art. 62.f de la ley 30/1992). En efecto, el examen del bloque de legislación sanitaria, y en particular del RD 1277/03, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, permite apreciar que allá donde exista una unidad de neurofisiología, será un médico especialista en neurofisiología clínica el responsable de realizar la exploración funcional del sistema nervioso central y periférico.

La Comunidad de Madrid, en cambio, entendía que con esta interpretación que realiza la Sala de instancia de establecer la obligatoriedad de que tales pruebas sean realizadas únicamente por especialistas con título propio de especialista en neurofisiología, se estarían vulnerando las potestades de autoorganización hospitalaria y asistencial de la Administración autonómica madrileña, que precisamente constituye una de las excepciones previstas a la regla del silencio administrativo positivo en el art. 43.2 de la Ley 30/1992.

El TS confirma la interpretación que del silencio administrativo positivo efectúa el TSJ de Madrid, si bien discrepa sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, "*pues , si bien es cierto, que según el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 son nulos de pleno derecho los actos presuntos contrarios al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren derechos o facultades cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto (...) que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecido por el artículo 102, o instar la declaración de lesividad".*

## 2.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 MARZO DE 2012. PRESTIGIO PROFESIONAL SANITARIO VERSUS LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL PACIENTE

La tensión entre el derecho al honor en su variante de prestigio profesional, y de otra parte, el derecho a la libertad de expresión e información constituye el fondo del asunto en un caso protagonizado por un facultativo y la madre del enfermo, que tras ser atendido por el médico interesado, falleció.

El médico formuló demanda de protección del derecho al honor contra la madre del fallecido por los comentarios y escritos ofensivos para su persona y prestigio profesional.

La Sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró que la madre había cometido una intromisión ilegítima en el derecho al honor por haber difundido en Internet comentarios del siguiente calado:

> "*Sobre la muerte de mi hijo (...) comparada con los experimentos atroces que llevaron a cabo los médicos de la Alemania Nazi" "carniceros", "peligrosos sociales" "la radicación gratuita y letal que aplicaron en el cerebro de mi hijo" o "sufrimientos terribles, atroces que le provocaron los médicos Alberto y Miguel".*

La Sentencia de la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y confirmó el carácter difamatorio de la práctica totalidad de las alusiones y comentarios difundidos a través de la página web.

El TS, analiza el contenido esencial de los dos derechos fundamentales implicados, el derecho al honor, y el derecho a la libertad de expresión, y recuerda el carácter prevalente del que goza el derecho a la libertad de expresión- que ampara la crítica a la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestarsobre el derecho al honor y al prestigio profesional.

No obstante, la prevalencia que en abstracto tiene reconocida la libertad de expresión sobre el derecho al honor ha de ser matizada en función de la casuística, valorando para ello el peso que tienen ambos derechos.

Así, nuestro Alto Tribunal distingue según si:

> a) La crítica se proyecta sobre persona que ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad, en cuyo caso el peso de la libertad de expresión e información es más intenso.
>
> b) Se emplean o no frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan. No obstante, incluso en el caso de tratarse de expresiones ofensivas, habría que analizarlas en relación con el contexto social y político. Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha reforzado la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho al honor en contextos de contienda política.

La traslación de las consideraciones anteriores al caso concreto enjuiciado por el Supremo, permite constatar que:

> *"El tono y el sentido general de las manifestaciones incluidas por la demandada en su página web supone un menoscabo y vilipendio público para el demandante y constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor (...) pues sus comentarios no obedecen simplemente al lógico deseo de expresar públicamente su indignación (...) sino que da un paso más y entra de lleno en el terreno de la descalificación, de la difamación…"*

> *"Atribuir a un médico procedimientos nazis o comparar su actuación médica con los experimentos llevados a cabo por los médicos de la Alemania Nazi es un símil de extraordinaria dureza que resulta desproporcionado con el mensaje que se transmitía y el contexto en el que se desarrolla porque si el fin era la denuncia y la crítica pública a la práctica médica llevada a cabo en relación a su hijo, los términos empleados desde la perspectiva y finalidad indicada son innecesarios".*

La importancia de este fallo estriba en que, frente a la doctrina mayoritaria de nuestros Tribunales de Justicia- por ejemplo Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sec. 1ª, S 24-11-2008- que suelen mostrar cierta condescendencia en los supuestos de "*desahogo*" de los pacientes y familiares de pacientes que han sufrido o dicen haber padecido un infortunio o desgracia con ocasión de la asistencia sanitaria recibida, la Sala inclina el fiel de la balanza a favor del médico desprestigiado.

**3.-SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 2012 DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 3 DE MÁLAGA. OBJECIÓN DE CONCIENCIA A LA PRESTACIÓN SANITARIA DE I.V.E.**

Se impugna la Resolución de la Gerencia por no reconocer al interesado la condición de objetor de conciencia ya que la Administración considera que no se trata de un profesional directamente implicado en la práctica de la I.V.E.

El juzgador analiza el contenido del art. 17 de la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, precepto que impone a los profesionales sanitarios el cumplimiento de una serie de deberes dirigidos a facilitar a la mujer gestante información sobre los centros a los que puede acudir para la práctica de la IVE, los diferentes métodos para llevarla a cabo, así como las condiciones previstas en la Ley para su realización, aunque también la propia Ley contempla que esta información abarque las ayudas públicas para embarazadas o los derechos laborales de la mujer embarazada.

¿Cabe entender que la realización de este tipo de actos informativos tendría cobijo dentro del derecho a la objeción de conciencia a la I.V.E.?

Resulta difícil una respuesta afirmativa a esta interrogante si tenemos en cuenta que la información nunca se consideró ni puede considerarse "práctica" del aborto, que es la única actividad para la que se reconoce la objeción de conciencia.

Por otro lado, el art. 19 de la citada Ley alude a los profesionales sanitarios que "practican", es decir aquellos que realizan de forma efectiva la realización material de la intervención. Una interpretación excesivamente generosa no sería posible pues la propia Ley, al emplear el adverbio "*directamente*", pone de manifiesto su deseo de establecer distinciones entre los profesionales sanitarios.

Por último, y aunque se pudiera admitir la pretensión del profesional sanitario de incluir dentro del ámbito subjetivo del derecho a la objeción de conciencia la realización de este tipo de labores informativas, se produciría una colisión con el derecho de la mujer embarazada a ser informada –art. 12 de la LO 2/2010-, derecho que por razones de interés público debería primar sobre "*la afectación periférica*" del derecho a obrar conforme a su conciencia al no estar implicado directamente en la IVE.

## RESPONSABILIDAD SANITARIA

**1.- SENTENCIA DEL TC DE 2 DE JULIO DE 2012. INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO POR TRASTORNO PSÍQUICO.**

El 2 de mayo de 2007, el Director del Hospital Universitario de Granada comunica al juez el ingreso involuntario por vía de urgencia de un enfermo afectado de trastorno bipolar.

El juez se persona el día 9 de mayo junto con el médico forense para proceder al examen pericial y judicial del enfermo, si bien no dicta resolución hasta el día 21 del mismo mes, ratificando el internamiento del ahora recurrente, mediante un Auto que se limita a reproducir el contenido del art. 763 de la LEC. A todo ello habría que añadir que el día 16 de mayo, el director del hospital comunicó al juzgado que el paciente había sido dado de alta ya que "*las causas que habían recomendado su hospitalización habían cesado".*

Para determinar si la actuación del juez ha sido o no la correcta, el TC analiza los requisitos que nuestro Ordenamiento Jurídico establece para la adopción de

la medida cautelar civil de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, distinguiendo entre la fase extrajudicial y la fase de control judicial.

La primera exige para su validez del cumplimiento de cuatro requisitos esenciales:

a) Existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico.

b) Información al afectado o a su representante del internamiento y sus causas.

c) La obligación del centro de comunicar al juez competente el internamiento y los motivos, en el plazo de 24 horas.

d) El control posterior sobre el centro desde el momento que tiene lugar la comunicación anterior. A partir de ese momento la persona pasa a efectos legales a quedar a disposición del órgano judicial.

Por lo que respecta a la segunda fase, el juez dispone de un plazo máximo de 72 horas para practicar las pruebas y ratificar el internamiento, o en caso contrario, ordenar su cesación.

En este caso es evidente que se ha trasgredido el límite temporal de las 72 horas (art. 17.1 de la CE), a lo que habría que añadir que durante todo ese lapso de tiempo que abarca desde que se comunicó al juzgado su internamiento involuntario hasta que se dicta el Auto, el enfermo no fue informado de sus derechos sobre el procedimiento ni la posibilidad de designar abogado y procurador.

Pero es que, finalmente, la resolución judicial que se dicta una vez trascurridos 14 días desde la fecha de vencimiento del plazo máximo de las 72 horas, carece de motivación suficiente y no respeta el principio de proporcionalidad, ya que no explica por qué motivo no hubiera sido suficiente con un tratamiento ambulatorio- curioso que el TC hable del tratamiento ambulatorio que, a tenor las circunstancias del caso, debiera ser necesariamente involuntario, cuando esta figura no está contemplada en nuestro Ordenamiento Jurídico pese al intento fallido de incorporarla a través de la Ley de Jurisdicción Voluntaria-, de modo que ante este silencio el juez debió haber pedido explicaciones al médico forense.

Sí me gustaría destacar un último aspecto que considero de interés, y es que la Sentencia no incluya la identificación del recurrente "*con el fin de respetar su intimidad teniendo en cuenta los hechos del caso*".

**2.- SENTENCIA DEL JUZGADO Nº 2 DE 1ª INSTANCIA DE PALMA DE MALLORCA DE 10 DE MAYO DE 2012. OMISIÓN DE INFORMACIÓN EN LA IVE Y NACIMIENTO DE HIJO NO DESEADO.**

Un mujer embarazada acude a la consulta de ginecología para que se le practicase una IVE, intervención realizada antes de la entrada en vigor de la LO 2/2010, empleando para ello el sistema de aborto por aspiración.

A las pocas semanas vuelve a la clínica para una revisión en la que se le practica una ecografía abdominal que confirma que la intervención había sido todo un éxito.

El día 14 de agosto del mismo año acude nuevamente a la misma clínica para que se le practique otra IVE pues creía estar en cinta. Sin embargo una vez realizada la ecografía se pudo constatar que no se trataba de un segundo embarazo sino que en realidad se trataba del primer embarazo cuya gestación quiso interrumpir, ya que la edad gestacional era de 22 semanas.

Los informes periciales permiten comprobar que el facultativo que realizó la primera ecografía posterior a la IVE hizo una auténtica dejación de funciones, pues no verificó la edad gestacional del embrión y por tanto no determinó que tipo de aborto debía practicarse, si el químico o el quirúrgico por aspiración, lo que determina las probabilidades de éxito, siendo además evidente que al practicar la ecografía si la hubiera examinado con mayor detenimiento o hubiese inspeccionado mejor el útero, se habría percatado de que su diagnóstico era erróneo y podría haber detectado material ovular.

Asímismo se constata que el facultativo no facilitó a la gestante información sobre las complicaciones de la intervención y los riesgos de fracaso, existiendo por tanto un quebrantamiento de la lex artis formal, además de la material.

La gestante, a la que se comunica en agosto de 2010 que está de 22 semanas, decide proseguir con el embarazo ya que es la única opción legal que tenía en ese momento al haber entrado en vigor la nueva legislación sobre la IVE, y da finalmente a luz un bebé sano.

¿Podemos hablar en este caso de la existencia de un daño moral, entendiendo como tal la situación de zozobra, angustia y ansiedad sufrida por la gestante, a la que le han dicho que estaba embarazada y que ya no podría abortar?

La respuesta es afirmativa, la mujer se encuentra ante una descendencia que no ha sido buscada ni querida, y además desconocía si podía existir cualquier riesgo en el embarazo e ignoraba si podían haberse ocasionado posibles secuelas o daños al feto como consecuencia del aborto por aspiración practicado meses antes. Por todo ello se condena al facultativo al pago de una indemnización de 150.000 euros.

Sin embargo la parte más polémica de la sentencia la encontramos en la condena que hace el juez por el nacimiento del hijo sano de la demandante, y es que "*si el aborto hubiera sido un éxito, como le manifestó indebidamente Pedro Francisco, a día de hoy Cristina no tendría ninguna descendencia y no tendría porqué asumir una serie de obligaciones materno-filiales entre las que se cuentan, obivamente, las económicas y que se traducen en gastos de alimentación, educación, vestimenta…"*. El juez condena al ginecólogo a cubrir todos los gastos que genere el menor hasta el día que cumpla 25 años, lo que arroja una cuota mensual de 978, 26 euros.

## 3.- SENTENCIA DEL TS DE 26 DE MARZO DE 2012. PRIVACIÓN DE CI EN CESÁREA. URGENCIA VITAL

La paciente, de 23 años de edad y embarazada de 39 semanas, ingresa a las 17,30 en el Hospital La Paz de Madrid tras acudir al Servicio de urgencias de dicho centro por patología fetal de crecimiento intrauterino retardado.

Ese mismo día, a las 23:50 horas se inician los preparativos para una cesárea que se lleva a cabo con total normalidad y nace un bebé sano. Pocas horas después, la parturienta, tras habérsele administrado un antibiótico, comienza de forma brusca con náuseas, sensación de mareo y fallece en menos de 24 horas.

No consta en el expediente administrativo consentimiento informado alguno, ni escrito ni en forma oral respecto a la anestesia administrada, la intervención quirúrgica de la cesárea, así como respecto de los riesgos de suministrar el antibiótico.

La Sala de instancia justifica semejante proceder en la existencia de urgencia en el centro público, pero se observa que la paciente ingresa en urgencias sobre las 17,30 horas no siendo hasta las 0,55 del día siguiente cuando se practica la cesárea.

El TS, que se sirve en gran medida de los argumentos empleados en la STC de 28 de marzo de 2011 para desmontar la existencia de un supuesto de urgencia vital, considera que ha habido quebranto de la lex artis en la prestación del consentimiento informado al no haber sido instruida la paciente adecuadamente sobre los posibles riesgos derivados del parto por cesárea mediante la técnica de anestesia y el subsiguiente tratamiento profiláctico, lo que ocasiona un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir.

## 4.- STS DE 9 DE OCTUBRE DE 2012. FALLECIMIENTO DE MENOR DE EDAD.

Los hechos son los siguientes:

> El 21 de agosto de 2001, un niño de dos años de edad sobre las 20:30 horas se atragantó con una aceituna cuando se encontraba en el área recreativa del Puente Paulón de La Bañeza. Como quiera que los padres no consiguieron aliviar el atragantamiento, se dirigieron al Centro de Salud de La Bañeza con la finalidad de obtener ayuda médica urgente. Allí la médico de guardia y la ATS intentaron la expulsión de la aceituna primero provocando la tos del menor, luego por medio de la maniobra de Heimlich y finalmente mediante el uso de un laringoscopio y pinzas de Megill. Al no remitir el citado atragantamiento, y dado que ocluía parcialmente la tráquea, en torno a las 22 horas se produjo una parada cardiorrespiratoria del menor al tiempo que llegaban más personal sanitario (médico y ATS) quienes inmediatamente se dispusieron a ayudar a sus compañeros. Se procedió a la intubación endotraqueal y tras lograr extraer la aceituna se continuaron con las maniobras de reanimación cardiopulmonar. A las 22: 30 llegó la UVI móvil que tras estabilizar al menor le trasladan al Hospital de León donde se constató el estado de muerte cerebral del menor.

El TS confirma la Sentencia del TSJ porque aunque la apreciación del nexo causal entre la actuación administrativa y el resultado producido, o la ruptura del mismo, es una cuestión revisable en casación, tal posibilidad ha de basarse siempre en los hechos decla-

rados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido debidamente combatidos por haberse infringido normas o jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o haber procedido de manera ilógica, irracional o arbitraria.

En el presente caso, y a tenor del contenido de las actuaciones penales previamente incoadas y archivadas, y los distintos dictámenes e informes practicados en el expediente, de los que deduce que el Centro de Salud de La Bañeza contaba con los medios personales y materiales para admitir la urgencia, así como que el tiempo transcurrido hasta que se avisó a la UVI 061 es meramente aproximativo, y que en todo caso se prestó cuando llegó una asistencia sanitaria distinta a la de los facultativos del Centro de Salud; que la sedación del menor no estaba indicada, al producir la consiguiente relajación del paciente la imposibilidad de toser, propiciando incluso un mayor atascamiento del cuerpo extraño; que tampoco estaba médicamente indicada la práctica de la traqueotomía, al ser una medida extraordinaria y desesperada, de compleja técnica, y más en un paciente con cuello corto, que además no tenía obstrucción total de la tráquea y que se consiguió reanimar tras la parada respiratoria; que una vez que perdió el menor el conocimiento se consiguió su intubación, comenzando a llegar aire a los pulmones de un modo aceptable, y la extracción de la aceituna , y que la negligencia hubiera consistido precisamente en la propuesta que realiza el recurso de traslado del menor al centro hospitalario mediante una ambulancia convencional o un helicóptero no medicalizado.

## FARMACIA Y PRODUCTOS SANITARIOS

### 1.- SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2011.

Se interpone recurso contra el Decreto andaluz que regula la actuación de los enfermeros/as en el ámbito de la prestación farmacéutica, por considerar que dicha disposición impone la obligación de identificar los medicamentos en la orden enfermera de dispensación por la denominación oficial española (DOE) o por la denominación común internacional (DCI) de sus principios activos, lo que supone el establecimiento de exigencias limitativas de la autonomía del personal sanitario.

Sin embargo la Sala no comparte este criterio y, recurriendo al argumento de la sostenibilidad, defiende las medidas dirigidas a reforzar las políticas de promoción de medicamentos genéricos.

### 2.- SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2 DE TOLEDO. LEGALIDAD DEL CONCIERTO SUSCRITO ENTRE EL SESCAM Y EL COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE CASTILLA LA MANCHA.

Se impugna por algunos farmacéuticos titulares de oficinas de farmacia, el Acuerdo de la Comisión Mixta Central de Farmacia de 2006 por el que se actualizaba automáticamente los precios de los principios activos recogidos en el Anexo del Concierto suscrito entre el Sescam  y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha.

A juicio de la parte recurrente este Acuerdo invade competencias estatales al fijar precios de financiación al margen de las previsiones contenidas en la legislación estatal de medicamentos. En concreto, consideran que para llevar a cabo dicha actualización se aplican unos criterios distintos de los que se recogían en la Orden  de 23 de Octubre de 2003, que aún no había sido derogada por la posterior Orden de 1 de marzo de 2007.

Por el contrario, el titular del juzgado no comparte esta visión, y distingue dentro del Concierto en cuestión dos supuestos:

a) Prescripción por principio activo no incluido dentro de la Orden de 2003.

En este caso lo que hace el Concierto es establecer unos precios máximos de facturación al Sescam cuando la prescripción se realice en recetas oficiales del SNS, para especialidades que no tengan precios de referencia.

b) Prescripción por principio activo, cuando éste sí que está sometido al precio de referencia.

En este caso el juez no considera que se esté alterando los precios de referencia ya fijados por la normativa estatal, sino que lo que hace el Acuerdo es establecer unos precios máximos de facturación para principios activos contemplados en la Orden, diferentes, por inferior, a los precios de referencia.

La fundamentación empleada por el juzgador para desestimar las alegaciones realizadas por la par-

te recurrente de *"invasión de las competencias estatales"*, es que "*las actualizaciones realizadas no suponen para el ciudadano una disminución de los derechos mínimos contemplados en la normativa estatal, puesto que no será el ciudadano quién deba aportar las cantidades que falten hasta el precio de referencia estatal. Esta diferencia será a cargo del farmacéutico (...). No hay por tanto una disminución del derecho de los ciudadanos de Castilla-La Mancha al disfrute de medicamentos financiados públicamente*".

Respecto a la vulneración por parte del Acuerdo del propio Concierto, al aplicar criterios distintos a los previstos en la Orden de 2003 cuando ésta aún estaba en vigor, el juez entiende que no es así, ya que si bien es cierto que en la fecha del Acuerdo aún no se había dictado la Orden de 2007 que sustituye a la de 2003, ésta última había que darla por derogada por aquellas fechas, cuando ya había entrado en vigor la Ley 29/2006.

## INTIMIDAD Y DATOS PERSONALES

### 1.- SENTENCIA DEL TSJ DE NAVARRA DE 8 DE FEBRERO DE 2012. VULNERACIÓN INTIMIDAD DE PACIENTE INGRESADA EN CENTRO HOSPITALARIO.

Demanda de responsabilidad patrimonial formulada contra el Servicio Navarro de Salud por haberse producido un funcionamiento anormal en el sistema sanitario público al haber permitido accesos ilegítimos a la historia clínica informatizada tanto de la hija como de la hermana de las demandantes, y en concreto a las fotografías realizadas en el servicio de medicina intensiva y en el servicio de cirugía plástica del hospital, realizadas para fines estrictamente terapéuticos.

"*Res ipsa loquitur*", y en este caso los hechos son ciertamente concluyentes: 2.825 accesos realizados por 417 usuarios integrados en 55 servicios y procedentes de todos los centros sanitarios- hospitales, centros de salud, ambulatorios…-mientras que la paciente tan solo estuvo ingresada en un único hospital y atendida por cuatro servicios médicos.

Como dice el Tribunal "Técnicamente es posible restringir el acceso, y aunque sea difícil delimitar el ámbito de restricción, de alguna manera ha de hacerse pues de otra forma, como el caso demuestra, la ineficacia del sistema arbitrado es absoluta". La indemnización asciende a 125.000 €.

### 2.- STS DE 29 DE MARZO DE 2012. INTIMIDAD Y DATO SANITARIO

La recurrente prestaba servicios como auxiliar administrativo en el Hospital sevillano Virgen de la Macarena, desempeñando tareas de secretaria de la subdirección médica.

La interesada, que se encontraba en proceso de divorcio y tenía abierta una causa penal por malos tratos hacia su cónyuge, se sirve de su abogado para aportar en juicio la historia clínica de su marido que se custodiaba en el mismo hospital donde ella presta sus servicios. El letrado afirma que se encontró debajo de su puerta dicha documentación clínica, versión que a juicio de la Sala no resulta en absoluto creíble, sino que más bien fue la recurrente quién, aunque no conste exactamente cómo se hizo con la historia clínica de su marido, decidió aportarla al procedimiento penal que se seguía contra ella.

Aunque no quede acreditado que se apoderó de tal documentación, lo que sí es cierto es que la utilizó siendo plenamente conocedora del carácter reservado de los datos en cuestión, y sin estar autorizada para ello.

Por todo lo anterior es condenada como autora de un delito de revelación de secreto a las penas de dos años, seis meses y un día de prisión e inhabilitación especial.

### 3.- STC 241/2012. INTIMIDAD PERSONAL Y ORDENADOR DE LA EMPRESA.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 241/2012 deniega el amparo constitucional **solicitado por una trabajadora** aduciendo la vulneración de sus derechos fundamentales a **la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones** como consecuencia del acceso, por parte del empleador, a las conversaciones mantenidas con otra trabajadora a través de un programa informático de mensajería que había sido descargado por éstas en un ordenador de uso común en la empresa.

Dichas conversaciones, en las que se vertían comen-

tarios críticos, despectivos o insultantes en relación con compañeros de trabajo, superiores y clientes fueron halladas por otro trabajador, quién lo comunicó al empleador. El Tribunal entiende que los derechos fundamentales mencionados no resultan vulnerados porque:

a) El ordenador era de uso común para todos los trabajadores de la empresa y se accedía sin clave.

b) La empresa había prohibido expresamente a los trabajadores instalar programas en el ordenador, prohibición que se enmarca en el ámbito de las facultades organizativas del empresario.

Esta sentencia cuenta con un voto particular en el que se afirma que los actos empresariales enjuiciados lesionan el derecho al secreto de las telecomunicaciones, considerando que su protección constitucional debe incluir *"los supuestos en los que exista (...) la trasgresión de una orden empresarial de prohibición de instalación de sistemas de mensajería electrónica o de empleo de los existentes para un fin ajeno a la actividad laboral, pues el incumplimiento de lo ordenado no habilita en modo alguno interferencias en el proceso o en el contenido de la comunicación, sin perjuicio de que pueda acarrear algún tipo de sanción."*

A la luz de esta sentencia y de las últimas sentencias del Tribunal Supremo que se han dictado hasta ahora sobre el control empresarial del ordenador de los trabajadores, podríamos concluir que:

1.- Se reconoce una expectativa de privacidad en el uso del ordenador en el entorno laboral.

2.- Si se quiere eliminar, es necesaria:

a) Una prohibición empresarial de uso privado (p. ej., a través de políticas o códigos de conducta que traten esta cuestión).

b) Especificar los medios (proporcionales) a través de los cuales se ejercitará el control de ese uso.

c) Que el ordenador sea propiedad de la empresa.

## RECURSOS HUMANOS

### 1.- STS DE 14 DE DICIEMBRE DE 2011. BAREMACIÓN DE SERVICIOS Y CATEGORÍA PROFESIONAL.

¿Se pueden no baremar los servicios prestados por un facultativo por considerar que la prestación de tales servicios lo fue al amparo de un nombramiento administrativo que no se corresponde con la categoría profesional que ampara la realización de dichas funciones?

En este caso en concreto, el tribunal calificador se niega a computar los períodos trabajados por el interesado como médico en las unidades de medicina intensiva ya que su nombramiento no lo era como F.E.A. de dicha especialidad, sino como médico general hospitalario.

Para el TS la redacción de las bases de la convocatoria publicada por el Servicio Andaluz de Salud son claras, se deben valorar las funciones realizadas con independencia del "*nomen iuris*" contractualmente otorgado a la categoría profesional.

### 2.- STS DE 18 DE JUNIO DE 2012. RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN.

La cuestión litigiosa gira en torno a la determinación de los efectos que se derivan de la declaración judicial de nulidad del despido de un empleado con contrato laboral de alta dirección, a saber, si se debería producir la readmisión obligatoria con derecho a salarios de tramitación o, por el contrario, si debería estarse a las previsiones específicas contenidas en el RD 1382/85, que en su artículo 11.3 establece para estos casos que el empresario y el alto directivo acordarán si se produce la readmisión, pudiendo, de este modo, establecer una cierta equiparación con los efectos propios del despido improcedente.

Pues bien, aunque la citada disposición administrativa regula la extinción del contrato de trabajo de alta dirección por desistimiento del empresario, esta extinción tiene un límite que es el respeto de los derechos fundamentales (en el caso de autos el interesado se sumó a la huelga que se había convocado en la empresa), y por tanto entiende que habrá que tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional.

Inicialmente la readmisión forzosa en caso de despido nulo con violación de derechos fundamentales

la instauró el TC, apartándose del tenor literal de las normas legales vigentes a la sazón, como una consecuencia de la necesidad de reparar los derechos fundamentales violados.

Así pues, cabría traer a colación esa misma doctrina al caso en cuestión ya que como dice el Supremo, es forzoso concluir que la única manera de reparar la vulneración de derechos fundamentales es condenar a la readmisión de la trabajadora, así como al abono de los salarios dejados de percibir.

## 3.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JULIO DE 2012. REDUCCIÓN SALARIAL Y CONVENIO COLECTIVO.

El Convenio Colectivo de limpieza de centros sanitarios del Servicio de Salud de la Comunidad de Aragón establece una equiparación en materia salarial entre el personal laboral y el personal estatutario que obliga a revisar siempre las retribuciones del personal laboral para equipararlas a las del personal estatutario. En concreto el CC establece que cualquier pacto alcanzado en materia salarial en la Mesa General de Función Pública, o en la Mesa Sectorial de Sanidad, se aplicará al personal recogido en el ámbito funcional del convenio.

El Gobierno de Aragón como consecuencia de la crisis económica ha reducido las retribuciones del personal estatutario, y la cuestión que se plantea es ¿se verá afectado por dicha reducción el personal laboral de limpieza de los centros sanitarios?

El recorte salarial fue impuesto por Ley, y ahí radica la solución al problema suscitado, ya que el CC solo establece la transposición de las mejoras y de las posibles reducciones de derechos, siempre que tengan su origen en un Pacto/Acuerdo. Como la reducción salarial fue impuesta por Ley y no por Acuerdo, a funcionarios públicos, personal estatutario y personal laboral de ciertas empresas públicas, no cabe aplicar el recorte al personal laboral de empresas privadas.

## 4.- SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2 DE GRANADA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2012 y SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE JULIO DE 2012. PROVISIÓN DE PUESTOS INTERMEDIOS EN INSTITUCIONES SANITARIAS.

Se cuestiona la legalidad del sistema empleado para la provisión del puesto de Director de Unidad de Gestión Clínica, aduciendo a tal efecto que dicho puesto no existe en la plantilla orgánica del Servicio Andaluz de Salud, y no se negoció con las organizaciones sindicales.

Ninguna de las pretensiones anteriores lograr prosperar, en un caso (falta de creación de la plaza en plantilla) por que este tipo de unidades son *"organizaciones funcionales para la mejor prestación sanitaria, no conformando plazas orgánicas sino que se integran por equipos multiprofesionales dentro del diseño organizativo*", y en otro- falta de negociación- por considerar que estamos ante el ejercicio de una potestad organizativa y por ende, excluida de negociación conforme a lo previsto en el artículo 80.4 del EM.

Sin embargo aún queda un último motivo de denuncia, el hecho que la convocatoria haya previsto expresamente que puedan ser diplomados en enfermería quienes puedan desempeñar este puesto, ya que entre sus funciones se encontraría la de evaluar las competencias profesionales del personal médico de la unidad, y en segundo término, que el acceso al mismo quede abierto a profesionales sanitarios que no ostenten la condición de personal estatutario fijo o de plantilla.

Sobre la primera de las cuestiones, el juzgado entiende que, en efecto, la evaluación en el desempeño de las funciones de los médicos no puede recaer sobre personas que no ostenten la condición de médico facultativo, trayendo a colación la STSJ de Madrid de 8 de agosto de 2011.

Respecto al segundo motivo, la incorporación de profesionales que no ostentan la condición de empleado público, el juzgador apoyándose en la reciente STS de 9 de julio de 2012, decide igualmente estimarlo ya que no queda suficientemente motivado cuáles son las razones por las que se posibilita la participación de personas ajenas al sistema.

La citada STS anula el artículo 10 del decreto andaluz 75/2007, por el que se regula el sistema de provisión de puestos directivos y cargos intermedios de los centros sanitarios del SAS. Dicho precepto reglamentario permite la participación para la provisión de este tipo de puestos de personas sin vinculación alguna como personal funcionario o estatutario al Sistema Nacional de Salud. La indefinición en la que incurre la disposición normativa impugnada respecto

del régimen jurídico aplicable a quienes sean designados como cargos intermedios, unido al hecho de que no se precise si esta posibilidad es ilimitada, y por tanto, abierta a todas las personas ajenas a las Administraciones Públicas que no hayan superado un proceso selectivo conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, se erigen en razones suficientes para acordar su nulidad.

**5.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 13 DE JUNIO DE 2012. IMPUGNACIÓN DE INSTRUCCIONES DICTADAS EN APLICACIÓN DE MEDIDAS DE RECORTES APROBADAS POR LEY.**

Es objeto de impugnación por parte de dos organizaciones sindicales la Instrucción 2/2012 de 6 de marzo del Director General de la Función Pública por modificación sustancial de las condiciones de trabajo del personal laboral de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, aunque como muy bien precisa la Sala, lo que en realidad se cuestiona es la validez de una Ley autonómica -Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales- no un acto administrativo, que es la calificación que merecen las Instrucciones en cuestión, acto administrativo de mera ejecución o aplicación.

Acto seguido el Tribunal recuerda que una Ley no puede dejar de ser aplicada, y que para los casos en que se considere contraria a la CE hay que proceder conforme al artículo 5 de la LOPJ (cuestión de inconstitucionalidad).

En este caso el Tribunal no aprecia la existencia de indicios de inconstitucionalidad, ya que si bien es cierto que se trata de una Ley autonómica ello no quiere decir que automáticamente debamos considerarla contraria al art. 149.1.7 que atribuye al Estado la competencia exclusiva de la legislación laboral.

Para ello recurre a la distinción entre fuentes del derecho y fuentes de las obligaciones contractuales (art. 3.1 del ET).

La Ley 1/2012, no afecta a la estructura básica y general de la normativa social ni a sus categorías nucleares sino a las condiciones particulares reconocidas a los empleados públicos de la Comunidad. Esta Ley no altera los mínimos indisponibles establecidos por la legislación estatal, ni incide en el sistema de fuentes de las obligaciones previsto en el artículo 3.1 del ET, sino que se trata de una Ley para cuya aprobación la CCAA queda plenamente facultada por el Estatuto de Autonomía que habilita la actividad legislativa en todo lo que sea preciso para garantizar la viabilidad financiera de las cuentas públicas en las que los costes de personal constituyen el principal capítulo.

Tampoco prospera la alegación de conculcación de la libertad sindical al haberse visto afectado el convenio colectivo por una norma autonómica posterior con rango de Ley, pues como muy bien ha establecido el TC "*el derecho a la negociación colectiva reconocido en el artículo 37 de la CE no implica en modo alguno que los convenios colectivos no estén sujetos a las reglas de la jerarquía normativa.*

**6.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 1 DE OCTUBRE DE 2012. COMPLEMENTO DE TURNICIDAD Y DISCRIMINACIÓN.**

El personal no sanitario de Atención Primaria no puede percibir el complemento específico por turnicidad, que en cambio sí tienen reconocido el personal dependiente de la Gerencia de Atención Especializada, y ello incluso en el supuesto en el que, como sucede en autos, las recurrentes (auxiliares administrativas) realicen tareas y horario igual al de otro personal de atención especializada y dentro del mismo centro de trabajo.

La Sala considera que no queda acreditado que la realización de semejantes funciones traiga su causa en una decisión administrativa debidamente formalizada, por lo que "*no pueden obtener provecho quiénes se han prestado a ello, probablemente con la pretensión de igualar sus retribuciones en lo tocante al repetido complemento con el personal de atención especializada"*.

Junto a este argumento, el Tribunal pone especial énfasis en:

a) que este componente del complemento específico no está previsto en la relación de puestos de trabajo para el personal de la Gerencia de Atención Primaria,

b) que tampoco concurren los requisitos exigidos en la Resolución de 4 de febrero de 1993 que prevé el devengo mensual de dicho complemento para aquellas personas que tengan asignado y realicen con carácter habitual una rotación mínima de una semana al mes.

## DOCUMENTOS DE INTERÉS

### 1. CONTRATACIÓN PÚBLICA

#### A) INSTRUCCIÓN 1/2011, DE 27 DE OCTUBRE, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA. LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

Tras la aprobación de la Ley 35/2010, desde el 1 de abril de 2011 han quedado suprimidas todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición para las empresas de trabajo temporal, con la excepción de las que se establezcan por las razones de interés general que esta misma Ley prevé.

Este nuevo escenario obliga a tener que compatibilizar estas limitaciones con otros ámbitos, como:

a) La reserva de funciones del art. 9.2 del EBEP a favor de los funcionarios públicos del ejercicio de todas las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas.

b) El respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad para el acceso al empleo público

c) La supresión de la inaplicación del art. 7.2 de la LETT en el ámbito de las Administraciones públicas, que viene a decir que, si finaliza el plazo de duración del contrato de puesta a disposición y el trabajador continúa prestando servicios en la Administración, pasa a tener carácter de personal indefinido.

Por este motivo, y recordando lo que ya dijera la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas en su Resolución de 27 de octubre de 2010- de la que ya os pasé un extracto y que alertaba de la necesidad de que las Administraciones tomaran medidas para evitar los efectos laborales indeseados que implica el fenómeno de la "*cesión ilegal de mano de obra*", la Junta establece que:

"*Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de servicios y suministros que se celebren con empresas de trabajo temporal tienen que determinar, en todo caso y con la máxima precisión posible, las prestaciones que se tienen que llevar a cabo y los medios de control que se utilizarán para asegurar que la ejecución de estos contratos no se desvía ni de los acuerdos pactados y ni del plazo fijado, para evitar el riesgo de que se consolide el personal procedente de las empresas contratistas como personal indefinido del organismo contratante".*

#### B) INFORME 8/2011, DE 27 DE OCTUBRE, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. FALTA DE PAGO A SUBCONTRATISTAS.

La cuestión central sobre la que se pronuncia la Junta catalana no es otra que determinar si procede en derecho considerar como incumplimiento contractual la falta de pago del precio pactado a subcontratistas y a suministradores por parte del contratista principal, a efectos de poder retener la garantía definitiva prestada por este último.

La Junta establece que la configuración de la subcontratación en el derecho español no incluye, con carácter general, las obligaciones vinculadas al pago a subcontratistas como obligaciones contractuales, a pesar de la vinculación funcional existente entre ambas relaciones jurídicas.

Así se desprende de la lectura de los art. 210 y 211 de la LCSP, al desvincular el previo conocimiento de la Administración de las relaciones con los subcontratistas de cualquier exención de responsabilidad para el titular del contrato, a lo que habría que añadir la novedad introducida por la Ley 24/2011 de exclusión de acción directa de los subcontratistas y de los suministradores ante los órganos de contratación.

En definitiva, el contratista es el único responsable ante la Administración del correcto cumplimiento de la totalidad de las obligaciones contractuales, entre las que sí se podrían encontrar- como condiciones especiales de ejecución- la posibilidad de que la Administración le exija el encargo de determinadas prestaciones a terceras empresas especializadas.

Por todo lo anterior, se rechaza la posibilidad de incluir en el contrato una cláusula que reconozca la falta de pago a subcontratistas y a suministradores como un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso de las prestaciones establecidas en el contrato o como condición especial de ejecución, a efectos de poder incautar la garantía definitiva.

**C) INFORME 2/2012 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN DE LAS ISLAS CANARIAS SOBRE DIVERSOS ASPECTOS RELATIVOS A LOS MEDIOS CON QUE SE REALIZA UNA ENCOMIENDA DE GESTIÓN.**

La consulta la formula la Secretaría General del Servicio Canario de Salud en relación a si cabría formalizar una encomienda de gestión con la sociedad mercantil pública IMETISA, que tiene la consideración de medio propio instrumental de dicho Servicio de Salud, para que gestione el suministro de los radiofármacos necesarios para la realización de exploraciones de imagen por emisión de positrones.

La duda se plantea porque la empresa no dispone de los medios necesarios para la fabricación de este tipo de radiofármacos, lo que no es óbice para que se pueda materializar la encomienda en cuestión.

Pero la consulta tiene una segunda parte, ya que para que pueda tener lugar la producción de este tipo de radiofármacos, es necesario que en el marco de la encomienda de gestión se proceda a la instalación, en un espacio habilitado por uno de los hospitales públicos, del aparataje necesario para ello. Esta ocupación del espacio público abre un segundo interrogante, ¿estaremos ante una concesión demonial conforme a las previsiones contenidas en la Ley de Patrimonio?

La Junta no lo ve así, y entiende que siempre que se manifieste expresamente en el acto por el que se formalice la encomienda de gestión, que la utilización de un bien de dominio público resulta necesaria no habrá de calificarse como cesión del uso privativo puesto que no podrá ser destinado para fines particulares o ajenos a la encomienda.

## 2. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

**A) CONSULTA DE LA AEPD DE 30 DE ENERO DE 2012. ENTREGA DE DATOS PERSONALES DE EMPLEADOS PÚBLICOS A SINDICATOS.**

La consulta planteada a la AEPD por el Hospital de Hellín se resume en si se puede comunicar a un sindicato con representación en el Hospital, los datos de carácter personal de todos los trabajadores del centro.

La Agencia distingue dos supuestos, en función de si la petición se canaliza a través de los órganos de representación legal, o bien a través de los órganos de representación sindical- secciones sindicales-

En el primer caso, la conclusión a la que llega la Agencia, es que, tanto si se trata de personal funcionario como si se trata de personal laboral, los delegados de personal y las Juntas de Personal/Comités de empresa, tan solo podrán acceder a datos personales de los empleados públicos, si el ejercicio de la función de vigilancia y protección de las condiciones de trabajo que tienen atribuidas, lo es respecto de un sujeto concreto, que haya planteado la correspondiente queja, en cuyo caso sí será posible la cesión del dato específico de esa persona.

En los demás supuestos, la cesión de datos se deberá llevar a efecto de forma disociada, y caso contrario, habrá que recabar el consentimiento de los interesados.

**B) RESOLUCIÓN DE LA AEPD Nº R/01112/2012. 9 DE MAYO DE 2012. DIVULGACIÓN DATOS SANITARIOS INTERNET.**

Se denuncia la publicación en un sitio web de divulgación de noticias jurídicas, de una sentencia del TS en la que figuran los datos personales de la denunciante así como de sus progenitores. En la sentencia se declara nula la Sentencia dictada por un Tribunal Superior de Justicia y se condena al INSALUD a indemnizar a las recurrentes al considerarle responsable de los daños causados a la denunciante durante la realización de una intervención quirúrgica durante la cual resultó infectada de los virus del SIDA y de la hepatitis C.

La denunciante revela que su hermana, menor de edad, ha tenido conocimiento de esas circunstancias a través de Internet al realizar una búsqueda en Google por el nombre y apellidos de la denunciante.

En este caso entra en colisión el principio de publicidad de las actuaciones judiciales, consagrado en cuanto a las sentencias por los artículos 205.6, 232 y 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el derecho a la intimidad de las personas, conflicto que ya ha sido analizado por el Consejo General del Poder Judicial al establecer en su Acuerdo de 18 de julio de 1997, que "*En el tratamiento y difusión de las resoluciones judiciales se procurará la supresión de los datos de identificación para asegurar en todo momento la protección del honor e intimidad personal y familiar*", así como la STS de 3 marzo de 1995.

En términos similares se ha pronunciado la Recomendación nº R (95) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 11 de septiembre de 1995, relativa a la selección, tratamiento, presentación y archivo de las Resoluciones judiciales en los sistemas de documentación jurídica automatizados.

En dicho Resolución se establece que "*cualquier cuestión de vida privada y protección de datos personales que se plantee en los sistemas de información jurídica se debe resolver de acuerdo con el derecho nacional de conformidad con los principios del Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal*".

En este caso en concreto queda acreditado que los datos de la denunciante que figuran en el texto de la sentencia del TS no fueron disociados, de modo que permanecieron publicados en el sitio web durante años, y posteriormente, al haber sido indexados tales datos por Google, públicamente accesibles. Por tanto no se han cumplidos los condicionamientos antes expuestos y esta conducta supone una vulneración de la LOPD.

## 3. SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

### A) ALGUNAS MEDIDAS APROBADAS PARA INCREMENTAR LOS INGRESOS DE LOS SERVICIOS DE SALUD.

#### *1.- CATALUÑA*

La Generalitat de Cataluña ha aprobado la Ley 5/2012 de 20 marzo 2012, por la que se introducen nuevas medidas para la obtención de ingresos adicionales a través del "copago" .

Así, en el ámbito de la prestación farmacéutica se introduce una tasa sobre los actos preparatorios y los servicios accesorios de mejora de la información inherentes al proceso para la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios mediante la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación

El sujeto pasivo de la tasa a título de contribuyente es la persona física a la que se prescribe y se dispensa un medicamento o producto sanitario, que es documentada en la receta médica u orden de dispensación correspondiente.

La tasa se acredita en el momento en que la receta u orden de dispensación es dispensada en la oficina de farmacia, y el importe de la tasa es de 1 euro por receta u orden de dispensación efectivamente dispensada.

**¿Cómo se gestiona este sistema?**

El cobro de la tasa lo llevan a cabo los titulares de las oficinas de farmacia concertadas.

La transferencia de la recaudación de la tasa se realiza mediante la minoración de ingresos del importe de la factura de la prestación farmacéutica que las oficinas de farmacia cobran del Servicio Catalán de la Salud.

Están exentos de tener que pagar la tasa en cuestión las personas que sean beneficiaras de pensiones no contributivas así como en aquellos casos en los que el importe del medicamento o producto sanitario sea inferior a 1,67 euros.

Pero no quedan aquí las medidas anti-crisis en el sector sanitario, sino que también extienden el cobro de tasas por los siguientes conceptos:

a) Tasa por el servicio de acreditación de formación sanitaria

b) Tasa por el servicio de comprobación del cumplimiento de las normas de correcta fabricación de principios activos farmacéuticos y por la emisión del correspondiente certificado de cumplimiento

#### *2.- ISLAS BALEARES*

Resolución de 28 de febrero del Director General del Servicio de Salud de Baleares, que sube un 6% el precio de la asistencia sanitaria pública a quienes no tienen derecho a ella: Compañías de seguros, desempleados sin subsidio ni certificado de pobreza, y extranjeros sin tarjeta sanitaria española o europea.

La resolución del IB-Salut adjunta un listado de precios de cada tipo de asistencia, ya sea de consulta, traslado en ambulancia o intervención quirúrgica, y las cantidades dan una idea de lo cara que es la sanidad.

Una consulta en Urgencias cuesta 187 euros y un traslado interurbano en UVI -ambulancia con médico- asciende a 1.034 euros. En cuanto a operaciones, las

hay de diferentes precios, desde unas cataratas a 453 euros hasta un trasplante de médula ósea a 103.000.

El IB-Salut especifica que los precios solo afectan a terceros obligados al pago o usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

1º.- El grueso del dinero viene, en primer lugar, de las compañías de seguros que abonan la asistencia a través de, por ejemplo, turistas que visitan la isla con seguro de viaje y sufren un accidente.

También los clientes de seguros médicos que son enviados a la sanidad pública porque precisan un tratamiento complejo que ninguna clínica privada de las islas les puede ofrecer.

2º.- Otros afectados por la medida son los trabajadores que pertenecen a colegios profesionales no integrados en el régimen de autónomos y desempleados que no reciben ningún tipo de subsidio o no han trabajado nunca y, además, no tienen un certificado de pobreza- que en el Sescam no exigimos, pero sí que aporten un informe de un trabajador social-

3º .-El tercer colectivo afectado son los extranjeros, la mayoría turistas, que no poseen tarjeta sanitaria española o europea.

La Resolución del IB-Salut también indica que estas personas sin derecho a la sanidad pública tendrán que pagar:

a) 23 euros si desean una copia de la historia clínica:

*Cuando un paciente, tanto con o sin derecho a la asistencia sanitaria, solicite copia total o parcial de su historia clínica para presentar en consultas o clínicas privadas o por interés particular del interesado, así como cuando se solicite la emisión de certificados médicos cuyo objetivo sea diferente al de la prestación de la continuidad asistencial del paciente o informes de valoración de discapacidad, se liquidarán de acuerdo con los precios que se señalan:*

*a) copia de la historia clínica, completa o parcial….23 euros.*

*b) emisión de informes certificados médicos……60 euros.*

*c) Informe de valoración de discapacidad…… 171 euros.*

El problema que advierto es que el artículo 24 apartados 2 y 3 del RD 1720/2007 de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, establece respecto del ejercicio del derecho de acceso a los datos personales que:

*"Deberá concederse al interesado un medio sencillo y gratuito para el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición". 3. "El ejercicio por el afectado de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición será gratuito y en ningún caso podrá suponer un ingreso adicional para el responsable del tratamiento ante el que se ejercitan."*

b) 15 euros a los extranjeros que precisen de la presencia de un traductor para comunicarse con el médico.

## 4.- MEDICAMENTOS

### PROPUESTA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE LOS ENSAYOS CLÍNICOS DE MEDICAMENTOS DE USO HUMANO, POR EL QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA 2001/20 CE. BRUSELAS 17 DE JULIO DE 2012.

Con la aprobación de esta propuesta normativa, se pretende dejar sin efecto la Directiva2001/20, y de este modo conseguir dos objetivos:

a) Estimular la actividad en materia de ensayos clínicos.

b) Armonizar la normativa sobre seguridad y derechos de los sujetos del ensayo, así como la finalidad y consistencia de los datos. Para ello se pretende fijar unas reglas comunes de procedimiento en cuestiones tales como la autorización y la realización de estudios clínicos, informes de seguridad, fabricación y etiquetado de los medicamentos utilizados en este tipo de ensayos.

No obstante, la propuesta de Reglamento sí que establece una distinción entre aquellos aspectos en los que los distintos Estados miembros van a cooperar para evaluar la solicitud presentada para la realización de un ensayo clínico en el marco de este novedoso procedimiento de autorización, de aquellos

otros aspectos que se han de ajustar exclusivamente a lo previsto en la legislación nacional de cada país.

Entre estos aspectos cabría destacar la responsabilidad civil, y los aspectos de naturaleza ética.

En relación con el primer aspecto, la propuesta de Reglamento se limita a distinguir entre ensayos clínicos que comportan algún tipo de riesgo adicional, y aquéllos otros que no. En este último caso, inexistencia de riesgo adicional o si tal riesgo es desdeñable, no es necesario una compensación específica por daños, sino que es suficiente con la cobertura del seguro del médico, de la institución o la de responsabilidad civil en relación con los productos.

En cambio, si el ensayo clínico comportase un riesgo adicional, la propuesta de Reglamento obliga al promotor a garantizar la compensación específica, y además se obliga a los Estados miembros a instaurar un mecanismo nacional de indemnización sin ánimo de lucro.

En cuanto a los aspectos éticos, hay que tener en cuenta que la propuesta de Reglamento no interfiere en cuanto a la organización interna de cada Estado miembro respecto a qué organismos participan en el proceso de autorización de un ensayo clínico. Así pues, el Reglamento no armoniza ni regula el funcionamiento de los comités de ética, ni impone en la UE una cooperación operativa sistemática entre los comités de ética, ni restringe el ámbito de evaluación por el comité de ética de cuestiones genuinamente éticas.

Este mismo razonamiento también cabe hacerlo extensivo respecto a la figura del "consentimiento informado". El mero hecho de que el tratamiento forme parte de un experimento, exige desde el punto de vista ético, obtener el consentimiento informado; sin embargo la evaluación de todo lo relacionado con el consentimiento informado se llevará a cabo por cada Estado miembro de forma aislada.

Otros aspectos dignos de mención son:

a) Abordaje de la situación específica de realización de ensayos clínicos en situaciones de emergencia, en las que es imposible obtener el consentimiento libre e informado del sujeto o su representante legal.

b) Protección de datos de carácter personal. Se aplican las disposiciones de la Directiva 95/46/CE y del Reglamento (CE) 45/2001. En la base de datos de la UE no se recogerá datos personales de los sujetos del ensayo.

c) Seguridad de pacientes, se contempla la posibilidad de excluir la notificación de acontecimientos adversos por parte del investigador al promotor, si así lo prevé el protocolo, así como la notificación directa de las sospechas de reacciones adversas graves e inesperadas por el promotor a la base de datos "EudraVigilance".

d) Figura del *"copromotor"* para aquellos ensayos iniciados por redes no formales de científicos, en los que no existe un promotor oficial. En estos casos todos los copromotores son responsables del conjunto del ensayo clínico.

En cuanto al promotor, se deslinda la responsabilidad del promotor de la responsabilidad civil o penal por daños causados a un paciente, que depende de la normativa civil aplicable en cada Estado miembro.

## 5.- BIOÉTICA.

### A) GUÍA ANDALUZA SOBRE ASPECTOS LEGALES DE LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA EN LA ADOLESCENCIA.

Guía publicada por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía sobre "*Aspectos legales de la salud sexual y reproductiva en la adolescencia"*, cuyo contenido coincide en gran medida con el criterio recogido en el documento "*El menor maduro ante la salud reproductiva y la anticoncepción de emergencia*" de Manuel Amarilla- al señalar que "*Ni profesionales de la medicina ni el resto de profesionales sanitarios tienen que denunciar ni avisar a la familia de la menor madura (con 12 años cumplidos) que acude a una consulta demandando la anticoncepción de urgencia*" (entiéndase que siempre que se tenga la madurez suficiente, extremo éste que debe valorar exclusivamente el médico).

Como complemento a esta Guía, cabría destacar la Guía de Educación Sexual para la Autoafirmación de los Jóvenes, elaborada por la UNESCO y dada a conocer en el año 2009. Dicha guía separa a los niños en cuatro grupos de edad: de 5 a 8 años, de 9 a 12 años, de 12 a 15 años y de 15 a 18.

**B) REFLEXIONES SOBRE LA LEY DEL ABORTO Y LA IMPLICACIÓN DEONTOLÓGICA DE LOS MÉDICOS. INFORME DE LA COMISIÓN DEONTOLÓGICA DEL COLEGIO OFICIAL DE MEDICOS DE MADRID. ABRIL 2011.**

Extensas reflexiones ético-deontológicas sobre la LO 2/2010, y su desarrollo reglamentario las que recoge en sus 77 páginas el Informe elaborado por el Colegio Oficial de Médicos de Madrid, y en las que se presta especial atención a la objeción de conciencia y al cumplimiento por parte de los profesionales sanitarios del deber legal de informar a las mujeres embarazadas.

El informe hace un completo recorrido por los antecedentes de la Ley Orgánica 2/2010, mostrando la visión que de la misma se tiene desde el ámbito de la Medicina y la Bioética- Declaraciones de la Comisión de Bioética de la SEGO, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Comité de Bioética de España- como del Derecho- Dictamen del Consejo de Estado, Informe del Consejo Fiscal- así como la desigual respuesta de las Comunidades Autónomas a la aplicación de la citada Ley.

Así, por ejemplo, cabría destacar en relación con la implantación de registros de objetores de conciencia, que tan solo las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha y la Comunidad Foral de Navarra han regulado la creación y funcionamiento de este tipo de registros, mientras que en el resto de las Comunidades Autónomas la Administración sanitaria ha preferido abstenerse al respecto, asumiendo el protagonismo, en algunos casos, las organizaciones colegiales- el Colegio Andaluz de Colegios de Médicos ha puesto en marcha su propio registro de objetores de conciencia, mientras que, por el contrario, el Colegio Oficial de Médicos de Barcelona ha rechazado la creación de un Registro de objetores y ha delegado en los centros de Atención Primaria y en los hospitales públicos la creación de un registro de estas características por considerar que habrán de ser los servicios de Ginecología quienes se encarguen de su gestión-.

En la Comunidad de Madrid, la Consejería de Sanidad ha emitido dos documentos en torno a la aplicación de la Ley, uno denominado "*protocolo de actuación en la solicitud de interrupción voluntaria de embarazo con cargo a los presupuestos del Servicio Madrileño de Salud"*- en el que el médico de familia deriva directamente a toda mujer que solicita una IVE al trabajador social para que sea éste quién la informe sobre las técnicas y los centros para abortar- y otro de "*Políticas activas de apoyo a la mujer embarazada y a la maternidad establecidas por la Comunidad de Madrid*".

Pero el Informe en cuestión va más allá de ser un mero recordatorio de lo que ha sido la génesis y posterior desarrollo de la actual Ley, toma partido y se muestra beligerante con la norma, en particular en todo lo relativo a lo que interpreta como deficiente proceso de información a la gestante, y la incidencia que tiene el derecho a la objeción de conciencia, sobre todo tras el espaldarazo que recientemente ha recibido este derecho de parte de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a través de su Resolución 1763 (2010). Recordemos que los puntos principales de dicha Resolución se resumen en:

a) Se afirma, defiende y promueve el derecho a la objeción de conciencia del personal médico

b) Se aplica no solo a los médicos sino a todo el personal que, directa o indirectamente, rechace participar en el acto del aborto o en su procedimiento.

c) La resolución se aplicará no solo a los individuos sino también a las instituciones, hospitales y clínicas privadas

d) protege contra la discriminación y la presión en contra de la objeción de conciencia de los profesionales.

El informe se muestra especialmente crítico con el proceso de información tal y como está diseñado en la Ley, un proceso que se desarrolla en tres fases:

a) La primera fase orientada a facilitar una información general a la mujer gestante sobre los métodos del aborto, centros acreditados para su realización y los trámites que ha de seguir para su cobertura por el servicio público de salud

b) La segunda fase orientada a la protección de la maternidad y en la que el informador le da a conocer a la mujer las ayudas públicas y los derechos vinculados al embarazo y la maternidad

c) La tercera fase que se identifica con la información médica inmediatamente anterior a la firma del consentimiento.

Respecto de la primera fase, se llama la atención sobre la indeterminación en la que incurre la legislación estatal al no precisar quién es el responsable de esta importante información, que se ha de facilitar en un momento en el que podría aún no haber cristalizado la decisión de la IVE, y cómo se debería facilitar en el escenario de una consulta médica. Así, el informe se alinea a favor de las recomendaciones realizadas por el Consejo de Estado en el sentido que los médicos o el cualificado personal de enfermería que interviniera en el proceso informativo inicial del aborto, "*debería animar a la mujer a continuar con el embarazo, abrirle nuevas perspectivas de vida de su hijo"*, *"ayudarla a tomar una decisión responsable y consciente (...) mediante el consejo y la ayuda…".*

En cuanto a la segunda fase, art. 17.2 de la Ley, no se precisa el significado que adquiere el concepto de "*asesoramiento*", sobre todo porque la mujer que acude a esta segunda fase de la información ya ha optado por la IVE y porque, a las finalidades sanitarias y sociales orientadas a la defensa de la maternidad, se suma el asesoramiento sobre los medios de prevenir los embarazos futuros. Se entiende que esta información en sobre cerrado no constituye un auténtico asesoramiento orientado a que la mujer no aborte, sino de una mera información adicional a la gestante que ya ha optado por la IVE, sin una real y obligada interlocución deliberativa.

En definitiva, la Comisión deontológica del COM apuesta por un modelo deliberativo en lugar de un modelo informativo, por entender que en el primer modelo se rompe la relación de confianza de una correcta relación médico-paciente y además, desde el punto de vista jurídico, rompe también la constitucional ponderación de equilibrios entre la vida del embrión o feto y la autonomía de la madre, pues todo se decanta a favor de esta última.

**¿Cuál es la propuesta de la Comisión deontológica?**

Cuando una mujer manifiesta su deseo de que se le practique una IVE debería pasar por una fase real de asesoramiento, que en la medida de lo posible, debería ser llevada a cabo por parte de una entidad o comité radicalmente independiente, *"de forma que además de responder a todas las preguntas e inquietudes de la mujer, aflore en ella todas las alternativas a la decisión de abortar".*

Sin embargo también el mismo texto añade que "*Por supuesto que esta función puede ser llevada a cabo por un facultativo experto, pero al que nadie puede imponerle una radical independencia de su posición ante el aborto…",* es más parece contemplar esta función de asesoramiento como una "*vía de escape*" a la objeción de conciencia de los médicos de familia, ya que con la implantación de este modelo deliberativo que propugna la Comisión el médico podría expresar a la gestante su opinión contraria al aborto voluntario. ¿Dónde queda pues, la radical independencia inicialmente preconizada por esta Comisión?

La Comisión Deontológica se adhiere al punto de vista mostrado por el Consejo Fiscal en su dictamen y considera que con la actual Ley:

a) Prima la declaración de voluntad de la mujer en relación con la IVE sin hacer referencia a otro tipo de causas o requisitos, lo que supone dar carta de naturaleza al rechazo a un bien constitucional protegido.

b) No se puede considerar desde la perspectiva ético-deontológica la IVE como un derecho de la mujer.

c) No es acertado el tratamiento que recibe en la Ley el "*consentimiento"* de la mujer, al remitirse a una Ley ajena a esta particular problemática como es la Ley 41/2002.

d) La interrupción por causas médicas y la eugenesia.

e) Objeción de conciencia. Este derecho existe con independencia de que no hubiese sido regulado en la Ley, como así se desprende de la STC 53/85.

Reconoce el derecho a la objeción de conciencia tanto de los médicos ecografistas como de los médicos de familia que participan necesariamente en la cadena administrativo-sanitaria si la creencia del médico así lo estima.

f) No es admisible que se regule que una IVE pueda practicarse por un médico sin especialidad reconocida.

El artículo 13 de la Ley establece que se debe llevar a cabo por "*un médico especialista*", aunque según este Informe se debería dejar constancia que no por cualquier médico sino por un médico con la especialidad y el conocimiento suficientes en la técnica que va a aplicar.