

DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 21, Número 1. Enero-Junio 2011

ESTUDIOS

- El ámbito de aplicación del régimen sobre descansos alternativos regulado en el Estatuto Marco del Personal Estatutario. *María Areta Martínez* 7
- La e-receta: confidencialidad y proyecto de regulación. *Cristina Gil Membrado* 31
- Codex Alimentarius, seguridad alimentaria y etiquetado de alimentos. *Elena Mtz.-Zaporta Aréchaga* 61
- Consentimiento informado y prueba de la Lex Artis, la relevancia de la prueba de presunciones. *Federico de Montalvo Jääskeläinen* 75
- Rechazo al tratamiento y riesgos para la vida del paciente. *Javier García Amez* 85
- Amenazas y oportunidades del turismo sanitario en España. *Jorge Luis Emperador Bartumeus* 99
- Criterios para la valoración del derecho a la salud desde las Tecnologías de la información y la comunicación. Especial referencia a la integridad y calidad de vida. *Dr. Jesús Esteban, Cárcar Benito* 111
- Los nuevos tribunales administrativos de recursos contractuales: Aproximación a los modelos autonómicos. *Gustavo Merino Gómez* 125
- El debate sobre la acción directa frente a la aseguradora de la responsabilidad civil de la administración sanitaria: luces y sombras. *Joaquín Cayón de las Cuevas* 135
- El acceso de la compañía aseguradora al historial clínico incorporado al expediente administrativo de responsabilidad patrimonial. *Federico de Montalvo Jääskeläinen* 147

RECENSIÓN

- La protección jurídica del paciente como consumidor. Recensión por *Vicente Gonzalo López* 155

JURISPRUDENCIA E INFORMES 161

LEGISLACIÓN 209

- Bases VIII Premio Derecho y Salud 2012 223
- Normas de publicación. 225
- Solicitud de suscripción a la revista Derecho y Salud. 227
- Solicitud de asociación. 228

DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 21, número. 1 Enero-Junio 2011

Edita:

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

Editores adjuntos:

JOSEP LLUIS LAFARGA I TRAVER (BARCELONA)
JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE (PAMPLONA)
RAFAEL ALVARO MILLÁN CALENTI (SANTIAGO DE COMPOSTELA)

Consejo editorial:

Director:

FRANCISCO VILLAR ROJAS
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (LA LAGUNA)

Secretario:

DAVID LARIOS RISCO
COORDINADOR SERVICIOS JURÍDICOS Y BIOÉTICA
(CASTILLA LA MANCHA)

Vocales:

JAVIER SÁNCHEZ CARO
RESPONSABLE BIOÉTICA Y DERECHO SANITARIO
(COMUNIDAD DE MADRID)
ALBERTO PALOMAR OLMEDA
MAGISTRADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (MADRID)
MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ GARRASCO
PROFESORA TITULAR DERECHO CIVIL
(CASTILLA LA MANCHA)
ANA M^A 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 DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA
(CASTILLA LA MANCHA)
JOSÉ MARÍA ANTEQUERA VINAGRE
PROFESOR DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA (MADRID)
MARÍA DOLORES GONZÁLEZ GARCÍA
SERVICIO DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA
(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:

RAFAEL MILLÁN CALENTI – (SANTIAGO DE COMPOSTELA)
DAVID LARIOS RISCO (CASTILLA- MANCHA)
CARMEN JOSÉ LÓPEZ RODRÍGUEZ (LUGO)
PAULA OLIETE TRILLO (SANTIAGO DE COMPOSTELA)
JOSÉ M^A BARREIRO DÍAZ (A CORUÑA)
ANA COMESAÑA ALVAREZ (VIGO)
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ (CASTILLA LA MANCHA)
JUAN MENÉNDEZ JEANNOT (OVIEDO)
NEKANE IRIARTE AMIGOT (PAMPLONA)
LUIS FERNANDO BARRIOS FLORES (ALICANTE)
JOSÉ LUIS RUÍZ CIRUELOS (PAMPLONA)
NURIA GARRIDO CUENCA (ALBACETE)
MARTA BLÁZQUEZ ESPÓSITO (SEVILLA)

PRODUCCIÓN: ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD
AVENIDA ROMERO DONALLO, 21, 3º A
15706 SANTIAGO DE COMPOSTELA

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

IMPRESO EN ESPAÑA POR TÓRCULO ARTES GRÁFICAS, SA
POLÍGONO INDUSTRIAL DEL TAMBRE, VÍA EDISON 33-35
15890 SANTIAGO DE COMPOSTELA

<http://www.ajs.es>
e-mail: ds@ajs.es

DERECHO Y SALUD

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

Revista Oficial de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD

[http:// www.ajs.es](http://www.ajs.es)

ISSN: 133-7400

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:

AJS .Romero Donallo 21-3º A

15706 Santiago de Compostela

Correo Electrónico:

js@ajs.es

presidente@ajs.es

webmaster@ajs.es

secretaria@ajs.es

tesorera@ajs.es

Suscripciones y atención al cliente:

Asociación Juristas de la Salud

Avda. Romero Donallo nº 21 3º A

15706 Santiago de Compostela

(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 Avda. Romero Donallo 21 – 3º A de Santiago de Compostela (15706) 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 js@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:

Presidente: Rafael Álvaro Millán Calenti, *Consellería de Sanidade - Xunta de Galicia*; **Vicepresidente:** David Larios Risco, *Servicio de Salud Castilla-La Mancha (SESCAM)*. **Secretaria:** Carmen José López Rodríguez, *Abogada*. **Tesorera:** Paula Oliete Trillo, *Servicio Galego de Saúde*; **Vocales:** José María Barreiro Díaz, *Función Pública Xunta de Galicia*; Ana Comesaña Álvarez, *Servizo Galego de Saúde*; Josefa Cantero Martínez, *Universidad de Castilla-La Mancha*; Juan Menéndez Jeannot, *Servicio de Salud del Principado de Asturias*; Nenake Iriarte Amigot, *Parlamento de Navarra*; Luis Fernando Barrios Flores, *Universidad de Alicante*; José Luis Ruiz Ciruelos, *Servicio Navarro de Empleo*; Josefa Cantero Martínez, *Universidad de Albacete*; Nuria Garrido Cuenca, *Universidad de Albacete*; Marta Blazquez Espósito, *Servicio Andaluz de Salud*.



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 21, Número 1. Enero-Junio 2011

ESTUDIOS

- El ámbito de aplicación del régimen sobre descansos alternativos regulado en el Estatuto Marco del Personal Estatutario. *María Areta Martínez* 7
- La e-receta: confidencialidad y proyecto de regulación. *Cristina Gil Membrado* 31
- Codex Alimentarius, seguridad alimentaria y etiquetado de alimentos. *Elena Mtz.-Zaporta Aréchaga* 61
- Consentimiento informado y prueba de la Lex Artis, la relevancia de la prueba de presunciones. *Federico de Montalvo Jääskeläinen* 75
- Rechazo al tratamiento y riesgos para la vida del paciente. *Javier García Amezcua* 85
- Amenazas y oportunidades del turismo sanitario en España. *Jorge Luis Emperador Bartumeus* 99
- Criterios para la valoración del derecho a la salud desde las Tecnologías de la información y la comunicación. Especial referencia a la integridad y calidad de vida. *Dr. Jesús Esteban, Cárcar Benito* 111
- Los nuevos tribunales administrativos de recursos contractuales: Aproximación a los modelos autonómicos. *Gustavo Merino Gómez* 125
- El debate sobre la acción directa frente a la aseguradora de la responsabilidad civil de la administración sanitaria: luces y sombras. *Joaquín Cayón de las Cuevas* 135
- El acceso de la compañía aseguradora al historial clínico incorporado al expediente administrativo de responsabilidad patrimonial. *Federico de Montalvo Jääskeläinen* 147

RECENSIÓN

- La protección jurídica del paciente como consumidor. Recensión por *Vicente Gonzalo López* 155

JURISPRUDENCIA E INFORMES 161

LEGISLACIÓN 209

- Bases VIII Premio Derecho y Salud 2012 223
- Normas de publicación. 225
- Solicitud de suscripción a la revista Derecho y Salud. 227
- Solicitud de asociación. 228

A ROBERTO PÉREZ LÓPEZ IN MEMORIAM

El 3 de marzo pasado, tras una larga enfermedad, falleció Roberto Pérez López, socio de la Asociación Juristas de la Salud y vocal de su Junta Directiva.

Nacido en A Coruña en 1953, se licenció en Derecho por la Universidad de Santiago. Iniciada su andadura profesional, desde comienzos de la década de los años ochenta se vinculó con la Administración sanitaria y con el Derecho sanitario. En 1987 obtuvo plaza de letrado de la Administración de la Seguridad Social, dedicando desde entonces y sin interrupción su quehacer profesional al sistema público de salud. Entre los cargos que ocupó, destacan los siguientes: Subdirector Provincial del Instituto Nacional de la Salud, letrado Jefe de la Asesoría Jurídica del Sergas, Vicesecretario General de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, Director General de recursos humanos del Insalud. Ya en el año 2009 fue nombrado Secretario General de la Consejería de Sanidad, cargo que tuvo que dejar en julio de 2010 por motivos de la enfermedad que, desgraciadamente, le ha ocasionado la muerte a una edad relativamente temprana.

Roberto Pérez fue un profesional fuertemente vocacionado por el Derecho sanitario y por el estudio de los sistemas sanitarios públicos. Su estrecha relación durante los años ochenta con la Seguridad Social y con el Instituto Nacional de la Salud, le permitió adquirir un profundo conocimiento de la organización y funcionamiento de la Seguridad Social, así como del sistema de asistencia sanitaria que había estructurado dicha organización, así como del Derecho sanitario; conocimientos que aplicó fructíferamente en la estructuración del sistema sanitario de Galicia. Estas fueron las razones por las que, en la renovación parcial de la Junta Directiva de la Asociación de Juristas de la Salud acaecida en el año 2004, fue invitado a incorporarse como vocal a la Junta Directiva de la Asociación Juristas de la Salud, cosa que aceptó encantado, formando parte de la misma hasta el día de su fallecimiento.

Roberto Pérez López se caracterizó por ser una persona discreta y muy afable en el trato con sus compañeros, y por ser un trabajador incansable en la defensa de los derechos de los pacientes y de los profesionales de la sanidad. Sus solventes conocimientos en el ámbito de los servicios sanitario-asistenciales han coadyuvado, sin duda, a la construcción y buen funcionamiento del Sergas. Igualmente, su apoyo y dedicación incondicional a las labores encomendadas como socio y vocal de la Junta Directiva, también han sido muy útiles para el buen funcionamiento de nuestra Asociación Juristas de la Salud.

Descanse en paz Roberto Pérez López, querido compañero que nos honró con su amistad, su trabajo en pro de la Asociación, y su lealtad.

JUAN LUIS BELTRÁN
ex presidente Juristas de la Salud

“EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN SOBRE DESCANSOS ALTERNATIVOS REGULADO EN EL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO”.

María Areta Martínez

Profesora Titular de Universidad. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. EL ÁMBITO SUBJETIVO DEL EMPE EN MATERIA DE DESCANSOS ALTERNATIVOS. 1. El personal de centros sanitarios gestionados directamente por el SNS. 2. El personal de centros sanitarios de la red pública no gestionados directamente por el SNS: entidades públicas y los centros privados concertados. 3. Supuestos particulares. **III. EL ÁMBITO OBJETIVO DEL EMPE EN MATERIA DE DESCANSOS ALTERNATIVOS.** 1. Los requisitos para la aplicación del régimen de descansos alternativos. 2. Contenido y características del régimen de descansos alternativos.

Resumen: En relación con la ordenación del tiempo de trabajo y descanso, uno de los aspectos que aborda el Estatuto Marco del Personal Estatutario es el régimen de los descansos alternativos, que se articula cuando el personal que presta servicios en los centros e instituciones sanitarias no disfruta de los tiempos mínimos de descanso dentro de los períodos señalados porque es requerido para trabajar con el fin de garantizar la continuidad en la atención sociosanitaria. La presente comunicación aborda el ámbito subjetivo del EMPE en relación con los descansos alternativos, delimitando los sujetos afectados por su regulación. Así mismo, determina el ámbito objetivo, analizando los motivos que impiden al trabajador el disfrute de los tiempos mínimos de descanso durante los períodos señalados, los requisitos que han de reunir los descansos no disfrutados para que puedan compensarse con descanso alternativo y, en fin, naturaleza y características de los descansos alternativos.

Palabras clave: Estatuto Marco del Personal Estatutario, descansos alternativos.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La normativa nacional, comunitaria e internacional que regula el tiempo de trabajo y descanso está relacionada con la seguridad y salud en el trabajo. El marco jurídico de referencia en esta materia parte del art. 40.2 de la Constitución Española (CE), que contiene un mandato dirigido a los poderes públicos para que velen por la “seguridad e higiene en el trabajo” y garanticen el “descanso necesario”. Por su parte, la Directiva 2003/88/CE¹ diferencia el “descanso”, referido a *todo período que no sea tiempo de trabajo* (art. 2.3), del “descanso adecuado”, que define como *períodos regulares de descanso de los trabajadores, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos para evitar que, debido al cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, aquellos se produzcan lesiones a sí mismos, a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen su salud, a corto o a largo plazo* (art. 2.9)². Por tanto, conviene distinguir entre el descanso, sin más, y el calificado como “necesario” y “adecuado”, que garantiza la seguridad y salud de los trabajadores.

Entre los mecanismos destinados a la consecución del descanso “necesario” y “adecuado”, el art. 40.2 de la CE menciona la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas. Por su parte, la Directiva 2003/88/CE regula, con igual fin, los períodos mínimos de descanso diario (art. 3), semanal (art. 4) y anual (art. 7), el período adecuado de la pausa (art. 4), y la duración máxima de la jornada semanal (art. 6) y del trabajo nocturno

¹ Sobre el significado, alcance y aplicación de la Directiva 2003/88/CE en el sector sanitario, vid., CASTRO ARGÜELLES, M^a A.: “Ordenación del tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE y otras normas complementarias”, en AAVV (Dir., GARCÍA MURCIA, J.): *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español. Un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pgs. 356-381.

² La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE), de 9 de septiembre de 2003 (Asunto C-151/02) expresó con claridad el significado del término “descanso adecuado”, al señala que *para poder descansar efectivamente, el trabajador debe disfrutar de la posibilidad de apartarse de su entorno laboral durante un número determinado de horas que no sólo deben ser consecutivas, sino que también deben suceder directamente a un período de trabajo, para permitir al interesado distraerse y eliminar el cansancio inherente al ejercicio de sus funciones.*

(art. 8). En definitiva, se pretende garantizar el descanso “necesario” y “adecuado” no sólo con tiempos mínimos de descanso sino también con tiempos máximos de trabajo.

La ordenación del tiempo de trabajo y descanso en el sector sanitario tiene una finalidad bifronte, es decir, además de velar por la seguridad y salud laboral de los trabajadores (art. 40.2 CE), debe preservar y garantizar que los centros y establecimientos sanitarios ofrezcan a los ciudadanos, de forma permanente y continuada, la atención sanitaria que precisen (art. 43.2 CE). En definitiva, la regulación de esta materia debe conciliar el derecho de los profesionales sanitarios a un descanso adecuado con el derecho de los ciudadanos a recibir las prestaciones y servicios socio-sanitarios durante las 24 horas del día, todos los días del año, lo cual, dicho sea de paso, no siempre resulta sencillo.

La necesidad de garantizar la continuidad del servicio sanitario ha hecho que la Directiva 2003/88/CE, junto a las medidas dirigidas a garantizar el descanso adecuado del personal sanitario: 1) establezca una regla transitoria excepcional referida a la duración de la jornada semanal máxima de los médicos en período de formación (art. 17.5), que realmente alcanza a todo el personal residente en formación; y, 2) faculte a los Estados para limitar el disfrute de los períodos mínimos de descanso diario y semanal y del período adecuado de la pausa, siempre que *se concedan períodos equivalentes de descanso compensatorio a los trabajadores de que se trate, o siempre que, en casos excepcionales en que por razones objetivos no sea posible la concesión de tales períodos equivalentes de descanso compensatorio, se conceda una protección equivalente a los trabajadores de que se trate* (art. 17.2).

La transposición al Derecho interno español de las Directivas europeas relativas a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, mediante la regulación de tiempos de trabajo y descanso, se ha efectuado en el sector sanitario a través de la Sección 1^a del Capítulo X de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario (EMPE)³, que constituye la norma básica

³ El EMPE incorporó al Ordenamiento Jurídico interno español el contenido de la Directiva 1993/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, del Consejo, relativa a determinados as-

en esta materia⁴. Uno de los aspectos que aborda la norma es el régimen de los descansos alternativos, que se articula cuando el personal que presta servicios en los centros e instituciones sanitarias no disfruta de los tiempos mínimos de descanso dentro de los períodos señalados porque es requerido para trabajar con el fin de garantizar la continuidad en la atención sociosanitaria. En tal caso, el descanso no disfrutado se compensará posteriormente con un descanso alternativo de duración equivalente. Concretamente, el Apartado IV.párrafo 6º y los arts. 51.3, 51.4, 52.3, 54, 56.2, 58.2, 58.3 y 80 del EMPE inciden directamente sobre el particular.

El marco jurídico que ordena los descansos alternativos en el sector sanitario se completa, entre otras normas, con el Real Decreto 1146/2006, referido al personal residente en formación en Ciencias de la Salud, y con los pactos y acuerdos que puedan alcanzarse al respecto en el seno de las mesas sectoriales de sanidad, suscritos entre la Administración o servicio de salud y los representantes de las organizaciones sindicales del sector [art. 80.2.e) EMPE]. Cuando no se alcance acuerdo en la negociación o éste no reciba la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno de la Administración pública correspondiente, corresponderá al Gobierno, o a las Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, en sus respectivos ámbitos, desarrollar esta materia (art. 80.5 EMPE).

pectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y de la Directiva 2000/34/CE, de 22 de junio de 2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, que modificó la anterior para incluir los sectores y las actividades excluidas de dicha Directiva. Ambas Directivas fueron expresamente derogadas por el art. 27 de la vigente Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, recurriendo para ello a la técnica de la codificación. La Directiva 2003/88/CE: 1) tiene la finalidad de promover la mejora del medio de trabajo y la salud de los trabajadores; 2) su regulación se observará sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros para aplicar o establecer disposiciones normativas más favorables para los trabajadores; y, 3) admite excepciones a la misma en el caso de los servicios relativos a la asistencia médica prestada en hospitales o centros similares.

⁴ PÉREZ GÓMEZ, J.M^a.: “Régimen Jurídico del Personal Estatutario del Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, Vol. 13, núm. 2, 2005, pg. 205, destaca el carácter de norma básica que el EMPE tiene en la regulación de la jornada, *en el sentido de fijar la jornada máxima común, un techo, que no podrá ser superado, para todos los Servicios de Salud en esta materia, frente a la que con carácter exhaustivo realiza en materias tales como el régimen disciplinario del personal.*

II. EL ÁMBITO SUBJETIVO DEL EMPE EN MATERIA DE DESCANSOS ALTERNATIVOS

Una primera lectura de los arts. 46.1⁵ y 46.2.b)⁶ del EMPE puede llevar a pensar que el régimen de descansos alternativos de la norma se aplica únicamente al personal estatutario del SNS. Sin embargo, un análisis más detallado permite afirmar que el ámbito subjetivo del EMPE en esta materia es mucho más amplio y no se limita al personal estatutario del SNS, sino que también se extiende al personal con régimen laboral y funcional.

La extensión que el EMPE hace del régimen de descansos alternativos a trabajadores cuyo vínculo no es estatutario tiene por objeto que en todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios rijan las mismas reglas sobre tiempo de trabajo y descanso, incluido el régimen de descansos alternativos, *con el fin de garantizar el funcionamiento armónico y homogéneo de todos los servicios de salud, prescindiendo tanto del tipo de personal y del lugar de prestación de servicios*⁷. No obstante, como habrá tiempo de exponer, no siempre resulta posible aplicar de forma homogénea las disposiciones del EMPE a todo el personal, independiente de la naturaleza jurídica del vínculo y de la entidad

⁵ *Las normas contenidas en esta sección tienen por objeto el establecimiento de las disposiciones mínimas para la protección de la seguridad y salud del personal estatutario en materia de ordenación del tiempo de trabajo...*

⁶ *A efectos de lo establecido en esta sección, se entenderá por personal: los que, siendo personal estatutario, prestan servicios en un centro sanitario.*

⁷ Sobre esta cuestión, vid., MONTOYA MELGAR, A.: “El personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social: evolución y nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”, en AAVV: *Personal estatutario de la Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pgs. 97 y ss. Afirma CÁMARA BOTÍA, A.: “Pluralidad de formas de gestión de los servicios de salud y de regímenes jurídicos de personal: a propósito de la retribución de las guardias médicas”, *Aranzadi Social*, Tomo I, 2004, pgs. 3035-3043, que *afirmada la licitud de regímenes jurídicos distintos para el personal estatutario y para el personal laboral [SSTC 170/1988, de 29 de septiembre (RTC 1988, 170) y 33/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 33)], la armonización de las reglas de jornada es simple cuestión de gestión eficaz. Gestión eficaz que, recuérdese, buscan las nuevas “formas de gestión” que “huyen del Derecho Administrativo” hacia el Derecho privado. En lo que se refiere al régimen de personal tal huida implica la aplicación de la legislación laboral y no de la funcional-estatutaria.*

donde presta servicios, porque suele condicionarse al cumplimiento de requisitos, más o menos exigentes.

1. El personal de centros sanitarios gestionados directamente por el SNS

1.1 El personal estatutario

El régimen de descansos alternativos que regula el EMPE se aplica directamente al personal estatutario del SNS [arts. 46.1 y 46.2.b) EMPE], sin distinción alguna según la función desarrollada⁸, el nivel del título exigido para el ingreso⁹, o el tipo de nombramiento¹⁰. La regulación se aplica por igual a todo el personal sujeto a la relación funcional

⁸ El personal estatutario se clasifica, según la función desarrollada, en: 1) personal estatutario sanitario; y, 2) personal estatutario de gestión y servicios. El personal estatutario sanitario es el que ejerce una profesión o especialidad sanitaria, mientras que el personal estatutario de gestión y servicios es el que no cumple tal condición. La lectura de la Disposición Adicional Décima del EMPE puede llevar a pensar que éste únicamente es de aplicación directa al personal estatutario sanitario, mientras que al personal estatutario de gestión y servicios sólo alcanza cuando los servicios de salud establezcan la aplicación del régimen estatutario previsto en esta Ley a las estructuras administrativas y de gestión del servicio de salud respectivo. Sin embargo, tal como afirma GONZÁLEZ SALINAS, P.: “Disposición Adicional Décima. Aplicación de esta Ley en los servicios administrativos”, en AAVV (Coords., GONZÁLEZ SALINAS, P. y LIZARRAGA BONELLI, E.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Civitas-Thomson, 2ª ed., 2005, pgs. 1014 y 1015, *el afán integrados y unificador de esta Disposición adicional sorprende con la posibilidad de que el EM sea aplicable a todo aquel que trabaje en los servicios de salud, cualesquiera que fueran sus funciones...*, de modo que, afirma el autor, *se trata de una simple declaración de intenciones vacía de contenido, impropia de una norma con rango de Ley*. En materia de ordenación del tiempo de trabajo y descanso, aunque la regulación contenida en la Sección 1ª del Capítulo II parece que se dirige especialmente al personal estatutario sanitario, nada impide su aplicación al personal estatutario de gestión y servicios.

⁹ El personal estatutario se clasifica, según el título exigido para el ingreso, en: 1) personal de formación universitaria que, a su vez, se clasifica en: a) especialistas en Ciencias de la Salud; b) Licenciados; y, c) Diplomados; 2) personal de formación profesional que, a su vez, se clasifica en: a) Técnicos superiores; y, b) Técnicos; y, 3) otro personal.

¹⁰ El personal estatutario se clasifica, según el tipo de nombramiento, en: 1) personal fijo; y, 2) personal temporal que, a su vez, se clasifica en: a) interino; b) eventual; y, c) sustituto.

especial de personal estatutario¹¹, siempre que desempeñe su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud que conforman el SNS (art. 1 EMPE)¹², ya sea en los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas (CCAA)¹³ o del INGESA (art. 2.1 EMPE). El personal estatutario del SNS es el que antes del EMPE se regía por los tres Estatutos que deroga¹⁴: 1) el Estatuto jurí-

¹¹ Antes de que el EMPE declarase expresamente la naturaleza de la relación estatutario como relación funcional especial, la postura de los Tribunales había evolucionado desde el reconocimiento de la naturaleza laboral del vínculo hasta la postura más reciente, que reconoció claramente el carácter especial de esta relación que reconocieron como funcional. En este sentido, vid., por todas; SSTS, Social, de 17 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7221) y 3 de febrero de 1997 (RJ 1997, 970).

¹² Las disposiciones del EMPE, incluidas las referidas al régimen de descansos alternativos, se aplican directamente al personal estatutario que presta servicios en los centros e instituciones sanitarias de los Servicios de Salud, no así en los servicios administrativos y de gestión los Servicios de Salud, donde su aplicación dependerá de cada Servicio de Salud (Disposición Adicional Décima EMPE). Afirma SALA FRANCO, T.: *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, BOE de 17 de diciembre)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pg. 39, que si los Servicios de Salud optan por la no aplicación de las disposiciones del EMPE a las estructuras administrativas y de gestión, *el personal estatutario, sanitario o de gestión y servicios, no podrá acceder a los puestos ubicados en estos servicios administrativos*.

¹³ El art. 2.1 del EMPE extiende el ámbito de aplicación de la norma al personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado, lo cual ha llevado a algunos autores a plantearse si el EMPE y, por tanto, su régimen de descansos alternativos, se aplica al personal de las entidades locales que realiza la actividad propiamente asistencial dentro del SNS. La Doctrina mayoritaria afirma que los centros sanitarios locales están integrados en los Servicios de Salud de las CCAA y, por tanto, su personal queda transferido a la CCAA, en cuyo caso habrá que estar a la naturaleza de la relación de empleo al momento de la integración, para determinar si el EMPE se aplica directamente o rige supletoriamente. En este sentido, vid., GONZÁLEZ SALINAS, P.: “Artículo 1. Objeto”, en AAVV (Coords., GONZÁLEZ SALINAS, P. y LIZARRAGA BONELLI, E.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Civitas-Thomson, 2ª ed., 2005, pgs. 58, 59, 83 y 84.

¹⁴ La propia Exposición de Motivos del EMPE señala en su apartado II que la expresión “personal estatutario” *deriva directamente de la denominación de los tres estatutos de personal –el estatuto del personal médico, el estatuto del personal sanitario no facultativo y el estatuto de personal no sanitario–*.

dico del personal médico de la Seguridad Social¹⁵; 2) el Estatuto del personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social¹⁶; y, 3) el Estatuto del personal no sanitario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social¹⁷.

Junto al personal estatutario del SNS, la Disposición Adicional Undécima del EMPE señala que sus disposiciones, incluidas las relativas al régimen de descansos alternativos, también se aplicarán *al personal estatutario del Instituto Social de la Marina (ISM)*¹⁸. El ISM ha sido durante mucho tiempo la entidad gestora de la Seguridad Social encargada de gestionar la asistencia sanitaria pública de las personas encuadradas en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar (trabajadores, pensionistas y familiares). A raíz del proceso de transferencia a las CCAA de las funciones y servicios del ISM en materia de asistencia sanitaria, la gestión de ésta ha pasado al SNS y, concretamente, a los Servicios Autonómicos de Salud. Actualmente, todas las CCAA ubicadas en zona costera han recibido el traspaso de las funciones y servicios del ISM referidas a la asistencia sanitaria¹⁹. El traspaso

incluye no sólo los bienes, derechos y obligaciones, sino también los medios personales. Por tanto, el personal estatutario del ISM que intervenía en la gestión de la asistencia sanitaria pasa a depender del correspondiente Servicio Autonómico de Salud, *en los términos legalmente previstos por el Estatuto de Autonomía y las demás normas que en cada caso resulten aplicables*. Antes de la transferencia, el régimen de descansos alternativos del EMPE se aplicaba al personal estatutario que prestaba servicios en los centros e instituciones sanitarias del ISM, en virtud de la Disposición Adicional Décima del EMPE, y ha seguido aplicándose una vez finalizado el traspaso. Por tanto, el proceso de transferencia a las CCAA de las funciones y servicios del ISM en materia de asistencia sanitaria no ha alterado el régimen de descansos alternativos aplicable al personal estatutario traspasado que, tras la entrada en vigor del EMPE, era y sigue siendo el previsto en el EMPE. La cuestión reside en aclarar que haya de entenderse por “personal estatutario” a efectos de lo dispuesto en la Disposición Adicional Undécima del EMPE, es decir, si incluye únicamente al personal estatutario, *strictu sensu*, o también alcanza al personal laboral²⁰.

¹⁵ Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, que aprueba el Estatuto jurídico del personal médico de la Seguridad Social (BOE núm. 312, de 30 diciembre 1966).

¹⁶ Orden de 26 de abril de 1973, que aprueba el Estatuto del personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social (BOE núm. 102, de 28 abril 1973; Corr. Err., BOE núm. 127, de 28 mayo 1973).

¹⁷ Orden de 5 de julio de 1971, que aprueba el Estatuto del personal no sanitario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social (BOE núm. 174, de 22 julio 1971).

¹⁸ SALA FRANCO, T.: *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, BOE de 17 de diciembre)*, ob. cit., 2004, pg. 31, afirma que la Disposición Adicional Undécima del EMPE equipara al personal estatutario del ISM con el personal estatutario del SNS, de modo que la aplicación del EMPE supondrá la movilidad del personal en la doble dirección, esto es, del personal del SNS al ISM y viceversa.

¹⁹ En este sentido, vid.: 1) Andalucía: Real Decreto 1784/2004, de 30 de julio, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM (BOE núm. 184, de 31 julio 2004); 2) Asturias: Real Decreto 1292/2005, de 28 de octubre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM (BOE núm. 277, de 19 noviembre 2005); 3) Baleares: Real Decreto 1733/2007, de 21 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al Instituto Social de la Marina (BOE núm. 310, de 27 diciembre 2007); 4) Ca-

narias: Real Decreto 2464/1996, de 2 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM (BOE núm. 306, de 20 diciembre 1996); 5) Cantabria: Real Decreto 1584/2006, de 22 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Cantabria, de las funciones y servicios de la Seguridad Social, en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM (BOE núm. 311, de 29 diciembre 2006); 6) Cataluña: Real Decreto 1049/1997, de 27 de junio, sobre traspaso a la Generalidad de Cataluña de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM (BOE núm. 180, de 29 julio 1997; Corr. Err., BOE núm. 186, de 5 agosto 1997); 7) Galicia: Real Decreto 212/1996, de 9 de febrero, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM (BOE núm. 58, de 7 marzo 1996; Corr. Err., BOE núm. 80, de 2 abril 1996); 8) Murcia: Real Decreto 1083/2008, de 30 de junio, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de las funciones y servicios de la Seguridad Social, en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM (BOE núm. 158, de 1 julio 2008); y, 9) País Vasco: Real Decreto 1946/1996, de 23 de agosto, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma del País Vasco, de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendados al ISM (BOE núm. 211, de 31 agosto 1996; Corr. Err., BOE núm. 216, de 6 septiembre 1996).

²⁰ GONZÁLEZ SALINAS, P.: “Artículo 2. Ámbito de aplicación”, en AAVV (Coords., GONZÁLEZ SALINAS, P. y LIZARRAGA BONELLI, E.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de*

1.2 El personal sanitario laboral y funcionario

Una de las notas que caracteriza el régimen jurídico del personal que presta servicios en los centros e instituciones del SNS es su falta de homogeneidad, por la diversidad de regímenes jurídicos aplicables (estatutario, laboral y funcionario)²¹. El personal sanitario de un mismo centro, institución o servicio sanitario no siempre comparte el mismo régimen legal, con las consiguientes diferencias, por ejemplo, en las condiciones de trabajo. Esta heterogeneidad de regímenes de personal se generó, principalmente, a raíz de los procesos transferencia a las CCAA de las funciones y servicios del INSALUD.

El SNS está descentralizado y, junto a la competencia exclusiva del Estado para regular las bases y coordinación general de la sanidad nacional (art. 149.1.17ª CE), está la capacidad normativa de las CCAA para organizar y gestionar los servicios. Tras la entrada en vigor de la Ley 14/1986 (LGS), y al amparo de las previsiones constitucionales, de los respectivos Estatutos de Autonomía y una vez finalizado el proceso de traspaso de las funciones y servicios del INSALUD a las CCAA, éstas han asumido competencias en materia de gestión sanitaria, de modo que el SNS está integrado por el INGESA (Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla) y los Servicios Autonómicos de Salud. El traspaso incluyó tanto los bienes, derechos y obligaciones, como los medios personales. Así, en un mismo Servicio Autonómico de Salud, junto al personal sanitario proveniente del antiguo INSALUD, aparece el de las propias instituciones autonómicas, cada uno con su propio régimen legal, lo cual genera la consiguiente pluralidad de vínculos jurídicos diversos; todo ello sin perjuicio de que los funcionarios de carrera y el personal laboral fijo que preste servicios en los centros, instituciones o servicios de las Administraciones sanitarias públicas se integre directamente, y con carácter voluntario, en la condición de personal estatutario, a través del co-

diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, Civitas-Thomson, 2ª ed., 2005, pg. 82, considera que no parece que la intención del legislador haya sido la de excluir de la expresión "estatutario" al personal laboral del ISM.

²¹ Sobre la pluralidad de regímenes jurídicos utilizados para la prestación de los servicios de salud, vid., AAVV (Coords., PAREJO ALFONSO, L.; PALOMAR OLMEDA, A.; y VAQUER CABALLERÍA, M.): *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pgs. 334-336.

respondiente procedimiento de estaturización (Disposición Adicional Quinta.párrafo 1º EMPE)²².

El art. 2.3 del EMPE señala que lo previsto en esta Ley será de aplicación al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral, con exclusión, por tanto, del personal de gestión y servicios, que preste servicios en los centros del SNS gestionados directamente por entidades creadas por las distintas CCAA para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencia del INSALUD, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal laboral de cada Comunidad Autónoma. Este precepto hace referencia al personal sanitario, laboral y funcionario, traspasado a los Servicios Autonómicos de Salud a raíz de los citados procesos de transferencia. La aplicación del EMPE al personal sanitario laboral y al personal sanitario funcionario transferido tiene lugar cuando: 1) el personal sanitario proceda del INSALUD; 2) el referido personal haya pasado a prestar servicios en las entidades creadas por las CCAA para asumir las funciones y servicios del INSALUD; 3) las entidades creadas al efecto se gestionen directamente por las CCAA; y, 4) la normativa correspondiente sobre función pública, para el caso del personal sanitario funcionario, o el convenio colectivo aplicable al personal sanitario laboral²³, determine la aplicación del EMPE y se trate de materias no reguladas en dichas legislaciones. Por tanto, con carácter general, la aplicación del EMPE al personal sanitario (laboral y funcionario) transferido es subsidiaria, en los términos y condiciones indicados²⁴.

²² La Disposición Adicional Quinta.párrafo 2º del EMPE también contempla la posibilidad de integración en la condición de personal estatutario temporal para el personal laboral temporal y los funcionarios interinos.

²³ Sobre la aplicación del EMPE al personal sanitario laboral de centros sanitarios gestionados directamente por el SNS cuando el convenio colectivo remite el régimen retributivo y la jornada laboral de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación a lo dispuesto en el EMPE, vid., SSTS, RCU, de 3 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 5922), y 15 de enero de 2010 (RJ 2010, 3091).

²⁴ SALA FRANCO, T.: *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, BOE de 17 de diciembre)*, ob. cit., pgs. 32 y 33, afirma que el art. 2.3 del EMPE es un precepto inútil porque en la medida que la aplicación del EMPE

No obstante lo dispuesto en el art. 2.3 del EMPE, en relación con las disposiciones contenidas en la Sección 1ª del Capítulo X de la norma, referidas al tiempo de trabajo y descanso, incluido el régimen de descansos alternativos, se pretende que la regulación contenida en el EMPE resulte de aplicación directa y homogénea, no subsidiaria, para todo el personal sanitario del SNS, con independencia de su régimen jurídico (laboral, funcional o estatutario). Así, la Disposición Adicional Segunda, párrafo 1º del EMPE establece que, *el régimen de jornada y de descansos establecido en la sección 1ª del capítulo X de esta Ley será de aplicación al personal a que se refiere el artículo 6, sea cual sea el vínculo jurídico de su relación de empleo, de los centros y servicios sanitarios gestionados directamente por los servicios de salud.* Por tanto, el régimen de descansos alternativos del EMPE se aplica directamente a todo el personal sanitario de los centros y servicios gestionados directamente por los servicios de salud, *sea cual sea el vínculo jurídico de su relación de empleo* (estatutario, laboral o funcional).

No obstante lo anterior, la redacción de la Disposición Adicional Segunda del EMPE resulta confusa porque, de una parte, limita la aplicación del régimen de jornada y descansos *al personal a que se refiere el artículo 6*, es decir, al personal sanitario estatutario, y, de otra, añade, *sea cual sea el vínculo jurídico de su relación de empleo*, lo cual lleva a extenderlo, más allá del personal sanitario estatutario, al personal sanitario laboral y funcional. Todo parece indicar que el propósito del legislador ha sido extender el régimen de jornada y descansos a todo el personal sanitario que presta servicios en los centros e instituciones gestionados directamente por el SNS, ya sea en régimen estatutario, laboral o funcional. La referencia al personal del art. 6 del EMPE se entiende más bien hecha al personal que realiza funciones sanitarias, por distinción con el personal no sanitario (gestión y servicios), al margen del régimen jurídico de personal aplicable. Si el propósito de la Disposición Adicional en cuestión hubiera sido limitar la aplicación del régimen de jornada y descansos al personal sanitario con vínculo estatutario, no tendría

sentido. No obstante, la redacción del precepto hubiera quedado más clara si, en lugar de la remisión que hace al art. 6 de la norma, hubiera señalado expresamente que el régimen de jornada y descansos establecido en la Sección 1ª del Capítulo I de la Ley será de aplicación a todo el personal sanitario (facultativo y no facultativo) de los centros y servicios sanitarios gestionados directamente por los centros e instituciones sanitarias del SNS, sea cual sea su vínculo jurídico.

Todo cuanto a quedado expuesto permite afirmar que el régimen de jornada y de descansos que regula el EMPE, incluidas las disposiciones relativas al régimen de descansos alternativos, se aplican no sólo al personal estatutario del SNS, sino también al personal sanitario con vínculo laboral y funcional que presta servicios en los centros e instituciones sanitarias gestionados directamente por el SNS.

2. El personal de centros sanitarios de la red pública no gestionados directamente por el SNS: entidades públicas y los centros privados concertados

Hasta el año 1997, la organización y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios encargados de prestar la atención y asistencia sanitaria/sociosanitaria pública en España respondió a un modelo de gestión directa. A partir del año 1997, la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del SNS, permitió que la gestión de los centros, servicios e instituciones sanitarias y sociosanitarias pudiera llevarse a cabo directamente o, indirectamente, *a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.* Concretamente, la Exposición de Motivos de la Ley 15/1997 señalaba, como formas jurídicas de gestión indirecta las empresas públicas, los consorcios, las fundaciones y cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.

El art. único.1.párrafo 2º de la citada Ley habilitó al Gobierno y a los órganos de gobierno de las CCAA, en los ámbitos de sus respectivas competencias, para regular, entre otros aspectos, las formas jurídicas de las entidades encargadas de la gestión indirecta. Con tal propósito, el art. 3 del Real Decreto 29/2009, de 14 de enero, autoriza para que la gestión y administración de los centros,

al personal sanitario funcional y laboral procederá cuando *su propia normativa funcional o laboral así lo prevea expresamente y con el límite de su normativa específica de aplicación*, de no haberse establecido tal previsión, ocurriría exactamente lo mismo.

servicios y establecimientos del SNS se lleve a cabo a través de una pluralidad de formas jurídicas, cada una de ellas con el correspondiente régimen jurídico de personal para las personas que prestan servicios en ellas: 1) fundaciones, con personal en régimen laboral; 2) consorcios, cuyo personal se regirá por el régimen jurídico dispuesto en el convenio de constitución y en los estatutos correspondientes; 3) sociedades estatales, con personal en régimen laboral; 4) fundaciones públicas sanitarias, con personal estatutario; y, 5) cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, cuyo régimen de personal dependerá, en parte, de la forma jurídica que adopte la entidad.

La exposición precedente permite afirmar que la heterogeneidad de regímenes de personal (laboral, funcional y estatutario) no es exclusiva de los centros, servicios y establecimientos sanitarios gestionados directamente por el SNS sino también de aquellos que adoptan formas jurídicas de gestión indirecta, lo cual lleva nuevamente a cuestionarse si las disposiciones contenidas en la Sección 1ª del Capítulo X del EMPE se aplican a todo el personal que presta servicios en el ámbito de las entidades públicas que adoptan “nuevas formas” para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, o únicamente a su personal estatutario²⁵.

En la red de utilización pública, junto a los centros, servicios y establecimientos sanitarios propios del SNS y las entidades públicas encargadas de su gestión indirecta, también aparecen las entidades privadas que suscriben conciertos con el SNS para dispensar la asistencia sanitaria, cuyo personal está sujeto al Derecho del Trabajo. El art. 66 de la LGS señala que estas entidades privadas

mantendrán la titularidad de los centros y establecimientos dependientes del mismo, así como la titularidad de las relaciones laborales de personal que en ellos presten servicios. El interrogante que nuevamente surge es si las disposiciones contenidas en la Sección 1ª del Capítulo X del EMPE, incluido el régimen de descansos alternativos, se aplican al personal laboral de estas entidades privadas. La Disposición Adicional Segunda.párrafo 2º del EMPE responde a la pregunta, señalando que se aplicarán: 1) supletoriamente, cuando el convenio colectivo aplicable no regule la jornada y descansos, lo cual no es muy frecuente; y, 2) directamente, cuando la regulación del EMPE resulte más beneficiosa que la prevista en el convenio colectivo aplicable.

3. Supuestos particulares

3.1 El personal laboral residente en formación en Ciencias de la Salud

El art. 20.3.f) y la Disposición Adicional Primera de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (LOPS), calificaron como especial la relación laboral del personal residente en formación en Ciencias de la Salud, encargando al Gobierno su regulación mediante Real Decreto, *atendiendo a las características específicas de la actividad formativa y de la actividad asistencial que se desarrolla en los centros sanitarios*. Por su parte, el art. 11.4 del EMPE, a propósito de la regulación del Foro Marco para el Diálogo Social, señala que el Gobierno regulará la relación laboral especial de residencia por Real Decreto, *en el que se establecerán las peculiaridades de la duración de la jornada de trabajo y régimen de descansos de este personal en formación*. Así, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, que regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, adoptando por vez primera un marco general y homogéneo para todo el colectivo (Exposición de Motivos Real Decreto 1146/2006).

Antes del Real Decreto 1146/2006, el Tribunal Supremo (TS) y la Doctrina Judicial declararon que los médicos internos residentes y, por extensión, todo el personal residente en formación en Ciencias de la Salud, es personal laboral y, por tanto, en materia de tiempo de trabajo y descanso, se

²⁵ TRILLO GARCÍA, A.R.: “Disposición Adicional Segunda. Jornada y descansos de los centros del Sistema Nacional de Salud”, en AAVV (Dirs., Palomar Olmeda, A. y Sempere Navarro, A.V.; y Coord., Meléndez Morillo-Velarde, L.): *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pg. 726, afirma que, *cualquiera que sea el régimen jurídico del personal dependiente de estos Entes de gestión les será de aplicación como hemos dicho, el régimen de jornada y descanso previsto en el Estatuto marco en cumplimiento de esa función de norma de transposición del derecho comunitario, si bien cumpliendo la función de norma mínima que cede ante cualquier norma heterónoma o pactada*.

rige por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores (ET) y no por el EMPE²⁶. Por tanto, el régimen de descansos alternativos al descanso mínimo no disfrutado no era el previsto en el art. 54 del EMPE sino el regulado en los arts. 34.7 y 37.1.párrafo 2º del ET y en el Real Decreto 1561/1995.

Sin embargo, el marco jurídico de referencia señalado cambió con la aprobación y entrada en vigor del Real Decreto 1146/2006. A partir de ese momento, uno de los aspectos más destacables de la ordenación del tiempo de trabajo y descanso del personal residente en formación en Ciencias de la Salud es la aplicación supletoria de la normativa referente al personal estatutario por una doble vía: tanto por las previsiones que el EMPE contiene sobre esta materia dirigidas al personal residente como por las remisiones del Real Decreto 1146/2006 al EMPE.

En este sentido, la Disposición Transitoria Primera del EMPE estableció que la duración máxima de la jornada del personal residente en formación se iría reduciendo gradual y progresivamente hasta alcanzar, a partir del 1 de agosto de 2008, el límite de 48 horas semanales que prevé el art. 48.2 del EMPE. Igualmente, la Disposición Adicional Segunda del EMPE establece que las disposiciones relativas al régimen de jornada y descansos contenidas en la Sección 1ª del Capítulo X, con inclusión del régimen de descansos alternativos, se aplican directamente al personal sanitario que presta servicios en los centros sanitarios gestionados directamente por el SNS, *sea cual sea el vínculo de su relación de empleo* [estatutario, laboral (común o especial de residencia) o funcional], y supletoriamente al personal de los centros vinculados o concertados con el SNS que pertenezcan a la red sanitaria de utilidad pública. Una de las consecuencias inmediatas de tal previsión normativa sería la aplicación directa del régimen de descansos alternativos del EMPE al personal residente en formación que cursa la especialidad en un centro gestionado directamente por el SNS, y supletoriamente cuando esté adscrito a una entidad pública de gestión indirecta o a un centro pri-

vado concertado. Sin embargo, tal afirmación tiene algún matiz: si alguna situación de emergencia asistencial impide al residente disfrutar el descanso diario continuo de 12 horas subsiguiente a 24 horas de trabajo ininterrumpido [art. 5.b.párrafo 2º Real Decreto 1146/2006]²⁷, se aplicará directamente a todos los residentes el régimen de descansos alternativos del EMPE, independientemente de la naturaleza, pública o privada, de la unidad docente.

Junto a las referencias que el EMPE hace al personal laboral residente (Disposición Transitoria Primera y Disposición Adicional Segunda EMPE), destacan las remisiones del Real Decreto 1146/2006 al EMPE. En este sentido, la remisión que el art. 5.1.a) del Real Decreto 1146/2006 hace a las normas sobre tiempo de trabajo del personal estatutario determina la aplicación supletoria del EMPE en todo aquello no regulado por el citado Real Decreto como, por ejemplo, los horarios nocturno y a turnos²⁸. Igualmente, destaca la Disposición Transitoria Primera de la norma laboral reglamentaria, que incorpora, con algunas diferencias, el contenido de la Disposición Transitoria Primera del EMPE, relativa a la disminución progresiva del límite de jornada máxima del personal residente, transponiendo el contenido del art. 17.5 de la Directiva 2003/88/CE. Finalmente, sobresale el art. 5.1.b).párrafo 2º del Real Decreto 1146/2006, que, como ya se ha indicado, remite expresamente al régimen de descansos alternativos del EMPE cuando, en caso de emergencia asistencial, el residente no pueda disfrutar del descanso

²⁶ En este sentido, vid., SSTs, Social, de 8 de junio de 2001 (RJ 2001, 5505), y 18 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3805). En la Doctrina Judicial, vid., por todas: STSJ de Asturias, Social, de 4 de mayo de 2007 (AS 2007, 2405); y STSJ de Cantabria, Social, 25 de enero de 2005 (AS 2005, 18).

²⁷ El Acuerdo sobre condiciones laborales y económicas del personal sanitario en formación por el sistema de residencia, suscrito el 16 de marzo de 2007 entre el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha y las organizaciones sindicales, señala que, *se garantizará al residente los descansos reglamentarios y en todo caso el derecho tras la realización de una guardia de presencia física a un descanso continuado de 12 horas. Si en algún supuesto excepcional no pudiera aplicarse este descanso, se aplicará el régimen de descansos alternativos previsto en el Estatuto Marco para el personal estatutario*. La Resolución de 26 de abril de 2007, del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, ordenó la publicación del citado acuerdo (DO Castilla-La Mancha núm. 100, de 14 mayo 2007).

²⁸ Con carácter general, la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto 1146/2006 realiza una remisión en bloque a los pactos y acuerdos referentes al personal estatutario, que se aplicarán al personal residente cuando: 1) así se acuerde en la negociación colectiva correspondiente a los ámbitos de representación del personal incluido en el ámbito del Real Decreto; y, 2) sean compatibles con la normativa específica aplicable al personal residente.

diario posterior a una jornada continuada de 24 horas.

Todo cuanto ha quedado expuesto permite concluir que en la regulación del tiempo de trabajo y descanso, incluido el régimen de descansos alternativos, la supletoriedad del ET, a la que hace referencia el art. 1.4 del Real Decreto 1146/2006, se ve desplazada en muchos casos por la del EMPE y los acuerdos y pactos referentes al personal estatutario²⁹. No se trata de una cuestión baladí, máxime si tenemos en cuenta que antes de la aprobación y entrada en vigor del Real Decreto 1146/2006, la Sala IV del TS insistió que el régimen sobre tiempo de trabajo y descanso del personal residente era el recogido con carácter general en el ET. La supletoriedad de la normativa referente al personal estatutario en los términos expuestos conlleva, entre otros aspectos, el propósito del legislador de equiparar el régimen de descansos alternativos del personal residente en formación en Ciencias de la Salud con el del personal sanitario estatutario, así como cubrir las posibles deficiencias que puedan existir a la hora de concertar en esta materia acuerdos o pactos referidos al personal residente. Tal propósito queda confirmado en el art. 4.1.ñ) del Real Decreto 1146/2006, que reconoce al residente el derecho a *contar con la misma protección en materia de salud laboral que el resto de trabajadores de la entidad en que preste servicios*.

3.2 El personal laboral de las entidades privadas no concertadas

Tanto el art. 2.3 como la Disposición Adicional Segunda del EMPE regulan la extensión de las disposiciones sobre tiempo de trabajo y descanso, contenidas en la Sección 1ª del Capítulo X de la norma, al personal que presta servicios en la red sanitaria de utilización pública, con vínculo estatutario, laboral o funcionario, y en centros, servicios y establecimientos gestionados directamente por el SNS o por entidades públicas a través de “nuevas formas” de gestión indirecta o en instituciones sanitarias privadas que suscriben conciertos con el

SNS para prestar la atención socio-sanitaria. Sin embargo, el EMPE no contiene ninguna referencia expresa que permita extender las disposiciones sobre tiempo de trabajo y descanso al personal laboral que presta servicios en las entidades privadas no concertadas, que no participan en la red de utilización pública.

3.3 El personal militar de la red sanitaria militar

De acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimotercera.1 del EMPE, las disposiciones del EMPE, incluidas las recogidas en la Sección 1ª del Capítulo X, sobre tiempo de trabajo y descanso, no se aplican al *personal militar que preste servicios en los centros, establecimientos y servicios sanitarios, integrados en la Red sanitaria militar*, lo cual ha llevado a algunos autores a considerar que sí se aplican al personal civil, funcionario o no, que trabaje en la red sanitaria militar³⁰, lo cual no resulta muy claro.

III. EL ÁMBITO OBJETIVO DEL EMPE EN MATERIA DE DESCANSOS ALTERNATIVOS

1. Los requisitos para la aplicación del régimen de descansos alternativos

El Apartado IV.párrafo 6º de la Exposición de Motivos del EMPE anuncia que los artículos que siguen a continuación regulan, entre otros aspectos, *los tiempos mínimos de descanso diario y semanal, articulado regímenes de descanso alternativo para los supuestos en los que la necesaria prestación continuada de servicios impida su disfrute en los períodos señalados*. La lectura detenida de este inciso permite adelantar no sólo que el EMPE regula un régimen de descansos alternativos sino también que éste se aplica cuando: 1) no puedan disfrutarse dos tipos concretos de descanso: el descanso mínimo diario y el descanso mínimo semanal; 2) estos dos descansos mínimos no puedan disfrutarse en los períodos legalmente señalados;

²⁹ En este sentido, vid., BAZ RODRÍGUEZ, J.: *El contrato de trabajo de los residentes sanitarios*, Bomarzo, Albacete, 2008, pgs. 130, 131, 140 y 141; y MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La relación laboral del residente sanitario*, La Ley, Madrid, 2009, pgs. 217 y 218; y “La regulación del tiempo de trabajo del residente sanitario”, *Revista General de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 21, 2009 (<http://www.iustel.es>).

³⁰ En este sentido, vid., GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud”, *Relaciones Laborales*, núm. 20, 2006, pg. 20; y CAIRÓS BARRETO, D. Mª: “La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud”, *Derecho y Salud*, Vol. 14, núm. 2 extra, 2006, pg. 35.

y, 3) la causa que impida el disfrute sea la necesaria prestación continuada de servicios.

La falta de disfrute de los descansos legalmente previstos no determina automáticamente la aplicación del régimen de descansos alternativos que regula el EMPE. Éste procede cuando el personal no ha disfrutado íntegramente ni de forma continuada los tiempos mínimos de descanso en los períodos señalados por algún motivo justificado³¹. Por tanto, el descanso no disfrutado reunirá una serie de notas que lo configuran: 1) irrenunciable; 2) continuado; 3) duración mínima legal; y, 4) período concreto señalado para su disfrute. Además, el motivo que impida el disfrute del descanso y obligue al personal a prestar servicios estará justificado.

El régimen de descansos alternativos que regula el EMPE se articula cuando el personal no haya disfrutado íntegramente los tiempos mínimos de descanso en los períodos legalmente señalados. El régimen de descansos alternativos no se aplica únicamente cuando el personal no pueda acceder al descanso porque es requerido para trabajar, sino también cuando éste se interrumpe o reduce; basta que se haya reducido parcialmente el descanso mínimo para aplicar el régimen de descansos alternativos destinado a compensar el tiempo no disfrutado. Además, los descansos alternativos compensan, *strictu sensu*, los tiempos mínimos de descanso, pero no el tiempo de descanso que se haya podido acordar por encima del mínimo legalmente establecido. Finalmente, nótese que el trabajador no disfruta de los tiempos mínimos de descanso en los períodos señalados porque debe prestar servicios, no por otra circunstancia como, por ejemplo, el ejercicio del derecho de huelga³². En definitiva, la merma del

descanso únicamente puede deberse a un aumento de jornada laboral como consecuencia de circunstancias excepcionales y en orden a garantizar a la población, de forma permanente y continuada, la atención socio-sanitaria durante las 24 horas del día, todos los días del año.

1.1 Los tipos de descanso que no pueden disfrutarse en el período señalado y quedan compensados con descanso alternativo

El régimen de descansos alternativos que regula el EMPE procede cuando en los períodos señalados no se disfruten: 1) el descanso mínimo diario entre jornadas; 2) el descanso mínimo semanal; y, 3) los festivos. Sin embargo, no procede en relación con: 1) la pausa dentro de la jornada diaria, aunque lo permite el Derecho comunitario; y 2) las vacaciones.

A. El descanso diario, el descanso semanal y las fiestas

El EMPE prevé expresamente los descansos alternativos al descanso diario (art. 54.1 EMPE) y al descanso semanal (art. 52.3 EMPE) porque son irrenunciables, tienen fijada legalmente una duración mínima y señalado un período de disfrute, que es ininterrumpido³³. El Apartado IV.párrafo 61 de la propia Exposición de Motivos del EMPE anuncia el régimen de descansos alternativos, que posteriormente regula su art. 54, y lo hace exclusivamente para compensar los tiempos mínimos de descanso diario y semanal no disfrutados³⁴. Los arts. 17.2 y 17.3.c.i) de la Directiva 2003/88/CE también admiten la posibilidad de establecerse excepciones al disfrute de los tiempos mínimos de descanso diario y semanal en las actividades caracterizadas por la necesidad de garantizar la conti-

³¹ Afirma ARETA MARTÍNEZ, M.: "Artículo 54. Régimen de descansos alternativos", en AAVV (Dirs., PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.; y Coord., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.): *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2006, pg. 483, que, *en definitiva, concretada la duración y el momento en que el personal disfrutará del derecho al descanso mínimo legal, si las necesidades organizativas y asistenciales del centro impiden su ejercicio en el período señalado, se aplicará el régimen del art. 54 de la ley 55/2003*.

³² Referida al ámbito de las relaciones laborales, la STS, Social, de 6 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4003), señaló que, durante la huelga se pierden los descansos compensatorios, es decir, el ejercicio del derecho de huelga durante los días festi-

vos o de descanso semanal impide que se desplieguen el régimen de los descansos alternativos.

³³ El descanso diario será de 12 horas ininterrumpidas y tendrá lugar entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente (art. 51.2 EMPE). El descanso semanal será ininterrumpido y tendrá una duración media de 36 horas semanales en un período de dos meses naturales (arts. 52.1 y 52.2 EMPE).

³⁴ El Apartado IV.párrafo 6º del EMPE anuncia que regula *los tiempos mínimos de descanso diario y semanal, articulando regímenes de descanso alternativo para los supuestos en los que la necesaria prestación continuada de servicios impida su disfrute en los períodos señalados*.

nidad del servicio, como es el caso de la atención sanitaria.

Aunque el EMPE no contempla la posibilidad de compensar el festivo no disfrutado mediante descanso alternativo, la Sala IV del TS reconoció en su día que la programación funcional de los centros puede exigir al personal que trabaje en festivos intersemanales, con el consiguiente derecho al descanso compensatorio, de modo que *el personal tiene derecho a disfrutar tantos días naturales de descanso compensatorio como festivos haya trabajado*, siendo admisible trasladar el disfrute de la fiesta a otro día³⁵. En definitiva, el TS introdujo una regla de descanso compensatorio no prevista legalmente, aunque no parece contraria al art. 54 del EMPE. En cualquier caso, habrá que estar a las normas, acuerdos y pactos autonómicos suscritos sobre este punto³⁶.

B. Un caso particular: el descanso posterior a una jornada de 24 horas de trabajo ininterrumpido

El art. 51.3 del EMPE permite reducir (que no eliminar) el período mínimo de descanso ininterrumpido de 12 horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, *en los términos que exija la propia causa que lo justifique*, en los casos de trabajo a turnos, y cuando se sucedan en un intervalo inferior a 12 horas, tiempos de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, jornada com-

plementaria o, en su caso, jornada especial, con la consiguiente aplicación del régimen de descansos alternativos del art. 54 del EMPE. En definitiva, el art. 51.3 del EMPE autoriza la reducción del descanso diario mínimo de 12 horas subsiguiente a la jornada ordinaria máxima, que el art. 51.1.párrafo 1º del EMPE fija en 12 horas ininterrumpidas, pero no contempla expresamente la posibilidad de reducir el descanso diario mínimo subsiguiente a una jornada de 24 horas.

La posibilidad de posponer el descanso subsiguiente a una jornada de 24 horas, con la consiguiente aplicación del régimen de descansos alternativos, merece especial atención. El EMPE permite que el personal trabaje 24 horas de forma ininterrumpida cuando realiza: 1) jornada complementaria (guardias) (art. 48 EMPE); 2) tiempos conjuntos de jornada ordinaria (art. 47 EMPE) y complementaria (art. 48 EMPE); 3) tiempos conjuntos de jornada ordinaria/complementaria y especial (peonadas) (art. 49 EMPE), *siempre que existan razones organizativas y asistenciales que así lo justifiquen*; y, 4) una jornada ordinaria que se hubiera establecido *con carácter excepcional y cuando así lo aconsejen razones organizativas y asistenciales* [art. 51.1.párrafo 2º EMPE]. En todos estos casos, procede el disfrute del descanso mínimo diario de 12 horas entre el final de la jornada de 24 horas y el comienzo de la siguiente jornada, descanso que debe incrementarse cuando se trate de jornadas ordinarias de hasta 24 horas. La cuestión reside en determinar si una vez finalizada la jornada prolongada de 24 horas el trabajador puede seguir prestando servicios, sin solución de continuidad, y compensarse posteriormente el descanso diario no disfrutado con descansos alternativos.

El descanso obligatorio e ininterrumpido subsiguiente a una jornada complementaria o a tiempos conjuntos de jornada ordinaria y complementaria se conoce coloquialmente con el término “libranza tras la guardia”, y merece especial atención. El EMPE no contempla, como tal, el derecho a un descanso específico tras una jornada de 24 horas, distinto de los tiempos mínimos de descanso diario y semanal. El art. 51.2 del EMPE establece un descanso diario, irrenunciable, mínimo e ininterrumpido, de 12 horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, lo cual obliga a que, tras una guardia de noche, la nueva jornada de trabajo se inicie transcurridas, al menos, 12 horas de

³⁵ En este sentido, vid., STS, Recurso de casación por infracción de ley, de 15 de septiembre de 1989; y STS, RCU, de 16 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9962). Vid., ARETA MARTÍNEZ, M.: “Artículo 61. Régimen de fiestas y permisos”, en AAVV (Dirs., PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.; y Coord., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.): *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pg. 522; CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *El Personal Estatutario de la Seguridad Social en la Doctrina de Unificación (1991-1998)*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pgs. 79 y 80; y RABANAL CARBAJO, P.: “Tiempo de trabajo del personal estatutario de la Seguridad Social”, en AAVV: *Personal Estatutario de la Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pgs. 204 y 205.

³⁶ Desde el momento en que el art. 61 del EMPE reconoce al personal el derecho a disfrutar *del régimen de fiestas que se establezca en el ámbito de cada una de las Comunidades Autónomas* está atribuyendo a las normas, acuerdos y pactos autonómicos la potestad para regular esta materia, en general, y el régimen de descansos alternativos a las fiestas no disfrutadas, en particular.

descanso ininterrumpido. En la práctica, una parte de las 12 horas de descanso diario subsiguiente a una guardia de noche puede coincidir con:

- La jornada ordinaria de trabajo del día siguiente, lo cual se traduce en la libranza del día saliente de guardia. Si el personal sanitario no pudiera librar el día saliente, procedería el régimen de descansos alternativos al descanso diario.

- Un festivo intersemanal. Cuando la guardia se realiza en víspera de fiesta, el descanso diario subsiguiente no se traslada al primer día hábil laborable siguiente al festivo, quedando incluido en éste³⁷. Si el personal sanitario fuera requerido para trabajar el festivo correspondiente al día saliente de guardia, procedería la aplicación del régimen de descansos alternativo al festivo no disfrutado.

- El inicio del descanso semanal. Cuando la guardia se realiza en sábado, el descanso diario subsiguiente coincide con domingo, es decir, con el inicio del descanso semanal, quedando comprendido en éste³⁸. En estos casos, el descanso semanal, mínimo y obligatorio, de 36 horas, se prolonga hasta el lunes, sin que el lunes puede exigirse la jornada ordinaria de mañana, lo cual, en la práctica, se traduce en la libranza de este día³⁹. Si el personal sanitario no pudiera descansar el lunes, se aplicaría el régimen de descansos alternativo al descanso semanal.

El TS ha precisado que el personal sanitario tiene derecho a librar no sólo tras una guardia de presencia física sino también tras una guardia loca-

lizada en la que se prestan servicios efectivos, equiparando estas últimas a las de presencia física⁴⁰.

Junto a las 24 horas de trabajo ininterrumpido, por jornada complementaria o por tiempos conjuntos de jornada ordinaria y complementaria, el art. 51.1.párrafo 2º del EMPE contempla la posibilidad de realizar una jornada ordinaria de *hasta 24 horas para determinados servicios o unidades sanitarias*: 1) mediante la programación funcional de los centros; 2) con carácter excepcional; 3) cuando así lo aconsejen razones organizativas o asistenciales; y, 4) siempre que los períodos mínimos de descanso

⁴⁰ Sobre la equiparación entre las guardias de presencia física y las guardias localizadas con prestación efectiva de servicios, vid., STS, Social, RCO, de 16 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 2339); y SSTS, RCU, de 10 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2125), 12 de julio de 1999 (RJ 1999, 6447), 22 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7537), 13 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7874), 22 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9505), 18 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2051), 21 de mayo de 2001 (RJ 2001, 5469), y 27 de enero de 2005 (RJ 2005, 1739).

En relación con las guardias de presencia física, las SSTJCE de 3 de octubre de 2000 (Asunto C-303/98), 9 de septiembre de 2003 (Asunto C-151/02) y 1 de diciembre de 2005 (Asunto C-14/04), aclararon que computa como tiempo de trabajo la totalidad del tiempo de presencia física en el centro sanitario, aunque al interesado se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se soliciten sus servicios, sin que esos períodos de inactividad dentro del marco de la atención continuada pueden considerarse como tiempo de descanso. En el mismo sentido, vid., SSTS, RCU, de 27 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9293 y 10032), 5 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 89), 1 febrero de 2007 (RJ 2008, 5343), 5 de julio de 2007 (RJ 2007, 5485), 18 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 8491), y 21 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 1544). Al respecto vid., DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "Últimas y contradictorias respuestas judiciales sobre la flexibilización del tiempo de trabajo del personal sanitario", *Aranzadi Social*, núm. 10, 2008, pgs. 47-55; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Guardias en la sanidad. Extensión de la normativa estatutaria al personal laboral", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 21, 2009; y MARTÍNEZ BARROSO, Mª R.: "Sobre las guardias médicas de presencia física y el derecho al descanso subsiguiente", *Aranzadi Social*, Tomo II, 2008 (BIB 2001/980).

En relación con las guardias localizadas, el art. 48.2.párrafo 2º del EMPE señala que los períodos de localización no se computan como jornada pero si el trabajador es requerido para la prestación de servicios, tienen la consideración de tiempo de trabajo tanto la duración del trabajo desarrollado como el tiempo de desplazamiento. No obstante, mientras el EMPE señala que computa como jornada el tiempo invertido en el desplazamiento, sin limitación alguna, el art. 29 Real Decreto 235/2007, de 18 de diciembre, que aprueba el Acuerdo regulador de la condiciones de trabajo del personal de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, computa el tiempo de desplazamiento *por un máximo de media hora*.

³⁷ La Sala de lo Social del TS ha señalado en reiteradas ocasiones que cuando los facultativos realicen guardias en vísperas de domingos, festivos o sábados no laborables, la libranza queda incluida en el día festivo siguiente o, en su caso, en el descanso semanal que se inicia el día saliente. En este sentido, vid., SSTS, Social, RCU, de 20 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1044), 9 de junio de 1992 (RJ 1992, 4552), 22 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1224), 24 de junio de 1994 (RJ 1994, 5483), 7 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7754), y 11 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 1956).

³⁸ El art. 52.1 del EMPE contempla un descanso semanal irrenunciable, mínimo e ininterrumpido, de 24 horas, incrementado con el descanso mínimo diario de 12 horas, de modo que la duración mínima del descanso semanal es de 36 horas.

³⁹ Vid., SSTS, Social, RCU, de 10 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2125), 12 de julio de 1999 (RJ 1999, 6447), 22 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7537), 13 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7874), 22 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9505), 18 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2051), 21 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2055) y 21 de mayo de 2001 (RJ 2001, 5469).

ininterrumpido subsiguientes se amplíen⁴¹: a) de acuerdo con los resultados de los correspondientes procesos de negociación sindical en los servicios de salud⁴²; y, b) con la debida progresividad para hacerlos compatibles con las posibilidades de los servicios y unidades afectados por las mismas. El art. 51.1.párrafo 2º del EMPE autoriza excepcionalmente a realizar una jornada ordinaria de hasta a 24 horas (no más) pero no prevé expresamente la reducción del descanso diario subsiguiente y la consiguiente aplicación del régimen de descansos alternativos; es más, establece expresamente que el descanso subsiguiente a una jornada ordinaria “excepcional” de hasta 24 horas será superior al descanso diario mínimo de 12 horas. Por su parte, el art. 51.3 del EMPE autoriza la reducción del descanso diario mínimo subsiguiente a la jornada ordinaria, con la aplicación del régimen de descansos alternativos del art. 54, pero siempre que la jornada ordinaria no supere las 12 horas de trabajo ininterrumpido del art. 51.1.párrafo 1º del EMPE.

En definitiva, el EMPE contempla dos tipos de jornadas ordinarias. Por una parte, la jornada ordinaria “normal”, con una duración máxima de 12 horas (art. 51.1.párrafo 1º EMPE) y seguida de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 12 horas (art. 51.2 EMPE), que podrá reducirse con la consiguiente aplicación del régimen de descansos alternativos (arts. 51.3 y 51.4 EMPE). Por otra parte, la jornada ordinaria “excepcional” (art. 51.1.párrafo 2º EMPE), con una duración máxima de hasta 24 horas, seguida de un descanso diario mínimo que deberá superar las 12 horas de acuerdo con los resultados de los correspondientes procesos de negociación sindical, y que no podrá reducirse, prolongando la jornada ordinaria más allá de las 24

horas, lo cual impide la entrada del régimen de descansos alternativos.

En relación con el personal residente en formación en Ciencias de la Salud, el art. 5.1.b). párrafo 2º del Real Decreto 1146/2006, en la redacción dada por la Disposición Final Primera del Real Decreto 183/2008, establece que, después de 24 horas de trabajo ininterrumpido, el residente tiene derecho a un descanso continuo de 12 horas, *salvo en casos de emergencia asistencial*. La disposición normativa autoriza que los residentes realicen más de 24 horas de trabajo ininterrumpido, no sólo de jornada complementaria o de tiempos conjuntos de jornada ordinaria y complementaria, sino también de jornada ordinaria. Por tanto, el Real Decreto 1146/2006, al igual que el EMPE, contempla dos tipos de jornadas ordinarias: 1) la jornada ordinaria “normal”; y, 2) la jornada ordinaria “excepcional”. Lo llamativo es que en el art. 5.1.b).párrafo 2º del Real Decreto 1146/2006, a diferencia del art. 51.1.párrafo 2º del EMPE: 1) se permite realizar una jornada laboral ordinaria de más de 24 horas cuando situaciones de emergencia asistencial obliguen a continuar con la actividad, reduciendo el descanso diario subsiguiente; 2) los períodos mínimos de descanso diario ininterrumpido subsiguientes a la jornada laboral ordinaria de 24 horas son de 12 horas, y no se prevé una duración superior, de acuerdo con los resultados de los correspondientes procesos de negociación; y, 3) el descanso ininterrumpido de 12 horas posterior a una jornada ordinaria de 24 horas, podrá reducirse en casos de emergencia asistencial, con la consiguiente aplicación del régimen de descansos alternativos. Se trata de una desigualdad normativa sin una justificación objetiva, razonable y proporcionada, hasta el punto de que puede resultar contraria al art. 14 de la CE y al Derecho comunitario⁴³.

La redacción inicial del art. 5.1.b) del Real Decreto 1146/2006 permitía reducir el descanso diario y prolongar de forma ininterrumpida una jornada laboral más allá de las 24 horas *en casos de especial interés formativo según criterio de su tutor o en casos de problemas organizativos insuperables*. Tal como ha expresado la Doctrina, desde

⁴¹ El art. 51.1.párrafo 2º del EMPE señala que cuando se establezcan jornadas ordinarias de hasta 24 horas para determinados servicios o unidades sanitarias, *los períodos mínimos de descanso ininterrumpido deberán ser ampliables*, es decir, la Administración sanitaria tiene obligación de aumentar la duración del descanso. En este sentido, vid., Sala Franco, T.: *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre. BOE de 17 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pgs. 81 y 82.

⁴² Afirma SALA FRANCO, T.: *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud...*, ob. cit., pg. 82, que si no se alcanzara un acuerdo sobre la ampliación de los períodos mínimos en la negociación sindical, *deberá imponerlos el correspondiente Servicio de Salud*.

⁴³ Sobre esta cuestión, vid., BAZ RODRÍGUEZ, J.: *El contrato de trabajo de los residentes*, ob. cit., pgs. 137-140; y PALOMAR OLMEDA, A. y VÁZQUEZ GARRANZO, J.: *Los médicos internos residentes. Régimen jurídico del MIR*, Dykinson, Madrid, 2009, pgs. 279-282.

un punto de vista pedagógico es muy difícil entender que, después de 24 horas continuadas de actividad laboral, un profesional en formación pueda mantener su capacidad de atención lo suficientemente alerta como para legitimar la exigencia de que puedan existir casos de especial interés formativo que justifiquen la imposición por el tutor de su permanencia en el puesto de trabajo, no sólo como observador sino como un trabajador operativo⁴⁴.

C. La pausa y las vacaciones

El EMPE no recoge los descansos alternativos a la pausa en el trabajo, que sí admite el Derecho comunitario. El art. 4 de la Directiva 2003/88/CE señala que cuando el tiempo diario de trabajo supere las 6 horas, los trabajadores tendrán derecho a disfrutar de una pausa de descanso, aunque las condiciones de concesión, su duración y las modalidades de disfrute serán fijadas por los Estados. Por su parte, los arts. 17.2 y 17.3.c.i) de la Directiva 2003/88/CE admiten la posibilidad de establecer excepciones al disfrute de la pausa para el personal de los centros y servicios sanitarios, *siempre que se concedan períodos equivalentes de descanso compensatorio a los trabajadores de que se trate*. En el caso de España, el art. 50 del EMPE configura la pausa como un descanso irrenunciable y con duración mínima legal⁴⁵, pero puede fraccionarse⁴⁶ y no tiene señalado legalmente un momento determinado para su disfrute, sino que *se supeditará al mantenimiento de la atención de los servicios*⁴⁷, de ahí que no prevea el descanso alternativo a la pausa. El EMPE configura la pausa de tal modo que el período de disfrute se establecerá,

en función de las necesidades del servicio, cuando realmente pueda disfrutarse, de tal forma que difícilmente podría darse el caso de no disfrutarla en el período señalado, justificando la posterior aplicación del régimen de descansos alternativos. No obstante, si una vez fijada la pausa, ésta no pudiera disfrutarse por circunstancias muy excepcionales, cabría la posibilidad de cuestionarse hasta qué punto esa falta de disfrute en el período señalado podría compensarse con períodos equivalentes de descanso: aunque el EMPE no contempla este supuesto, parece que no habría inconveniente en invocar el efecto directo de la Directiva 2003/88/CE para, primero, mermar el disfrute de la pausa, y, segundo, compensar la merma con descanso alternativo.

El EMPE tampoco contempla los descansos alternativos a las vacaciones porque al igual que la pausa, aunque es un derecho irrenunciable y tiene una duración mínima, el período de disfrute no está prefijado legalmente y puede fraccionarse. Por su parte, la Directiva 88/2003/CE no prevé excepciones al régimen de vacaciones ni la concesión de períodos equivalentes de descansos compensatorios. Desde el momento en que la programación funcional de cada centro establece el período vacacional y atribuye a los trabajadores una fecha para su disfrute, no es posible su modificación ni su interrupción, de modo que el régimen de descansos alternativos no tiene cabida. No obstante lo anterior, cabría plantearse la posibilidad de interrumpir el disfrute del período vacacional por necesidades excepcionales del servicio, con la consiguiente reincorporación anticipada del trabajador (antes de finalizar las vacaciones) y el derecho al descanso compensatorio por el período restante. Lo cierto es que la normativa (interna, comunitaria e internacional) y Jurisprudencia silencian esta cuestión, y su tratamiento por la Doctrina ha sido escaso, limitado al ámbito de las relaciones laborales. Un sector de la Doctrina opina que el trabajador no está obligado a interrumpir sus vacaciones antes del transcurso del período mínimo ininterrumpido establecido⁴⁸, de modo que el régimen de descansos alternativos no tendría cabida. Por el contrario,

⁴⁴ Vid., PÉREZ GÓMEZ, J.M^º: “La reducción del descanso diario o semanal de los MIR: una infracción indemnizable”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2008, pgs. 53-58.

⁴⁵ La pausa no tendrá una duración inferior a 15 minutos cuando la jornada tenga una duración de seis horas continuadas (art. 50 EMPE). La duración de las vacaciones no será inferior a 30 días naturales, o al tiempo que proporcionalmente corresponda en función del tiempo de servicio (art. 53.1 EMPE).

⁴⁶ El art. 53.2 del EMPE hace referencia al *período o períodos de disfrute de la vacación anual*, lo cual muestra que su disfrute puede fraccionarse en varios períodos a lo largo del año.

⁴⁷ El momento de disfrute de la pausa *se supeditará al mantenimiento de la atención de los servicios* (art. 50 EMPE); y el de las vacaciones *se fijará conforme a lo que prevea al respecto la programación funcional del correspondiente centro* (art. 53.2 EMPE).

⁴⁸ Vid., ALBIOL MONTESINOS, I.: *El fraccionamiento de las vacaciones en el Derecho Español del Trabajo*, Volumen 2, III CIDT, Sevilla, 1970; y VILLA GIL, L.E.: “Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas”, *Revista de Política Social*, núm. 81, 1969, pgs. 83-135.

otro sector estima la facultad del empresario para invocar necesidades del servicio o fuerza mayor, que justifiquen la reincorporación anticipada del trabajador, en cuyo caso sería compensado mediante el abono de los gastos ocasionados por tal interrupción y la concesión de días adicionales de vacaciones⁴⁹, es decir, podrían invocarse las reglas sobre descansos alternativos.

1.2 Los motivos que impiden el disfrute del descanso y determinan la aplicación del régimen de descansos alternativos

Los arts. 17.2 y 17.3.c).i) de la Directiva 2003/88/CE autorizan a los Estados para alterar los descansos diario y semanal y la pausa en actividades caracterizadas por *la necesidad de garantizar la continuidad del servicio*. En términos similares, el Apartado IV.párrafo 6º de la Exposición de Motivos del EMPE señala que el régimen de descansos alternativos a los tiempos mínimos de descanso diario y semanal procederá cuando éstos no se hayan disfrutado en el período señalado debido a *la necesaria prestación continuada de servicios*.

Así mismo, el descanso entre jornadas de trabajo se reducirá, *en los términos que exija la propia causa que lo justifique*, y procederá la aplicación del régimen de descansos alternativos establecido en el art. 54 del EMPE, cuando:

- El personal que trabaja a turnos cambie de equipo y no pueda disfrutar del descanso diario entre el final de una jornada de un equipo y el comienzo de la jornada del siguiente equipo [art. 51.3.a) EMPE]⁵⁰.

- En un intervalo inferior a 12 horas, se sucedan tiempo de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, jornada complementaria o, en su caso, jornada especial [art. 51.3.b) EMPE].

Igualmente, para el ámbito de la relación laboral especial del personal residente en formación en Ciencias de la Salud, el art. 5.1.b).párrafo 2º del Real Decreto 1146/2006 señala que el descanso continuo de 12 horas subsiguiente a una jornada de 24 horas de trabajo ininterrumpido podrá alterarse *en casos de emergencia asistencial*.

Las referencias normativas señaladas permiten confirmar la necesidad de una causa justificada que: 1) impide al trabajador disfrutar de los tiempos mínimos de descanso en los períodos señalados; 2) obliga al trabajador a prestar servicios durante los períodos de descanso; y, 3) genera el derecho a compensar el descanso no disfrutado mediante descansos alternativos.

Llama la atención que el art. 52.2 del EMPE autorice la merma del descanso semanal, impidiendo su disfrute en el período señalado, aplicando el régimen de descansos alternativos, pero, sin embargo, omita toda referencia a una causa que lo justifique⁵¹.

Como ha quedado expuesto en la introducción a este trabajo, uno de los objetivos de la normativa que regula el tiempo de trabajo y descanso es garantizar el descanso del trabajador, que se considerará adecuado y efectivo no sólo cuando le permita recuperarse del cansancio generado por el trabajo, sino también cuando evite la posible alteración que la acumulación de periodos de trabajo sin el descanso necesario pueda representar en su seguridad y salud laborales. Por ello, las causas que impiden al trabajador disfrutar los tiempos mínimos de descanso en los períodos señalados con el fin de garantizar la atención continuada y permanente a la población deben ser excepcionales, justificadas y estar legalmente establecidas⁵², sin perjuicio de que esa falta de descanso se compense posteriormente con períodos de descanso equivalentes.

⁴⁹ En este sentido, vid., CHARRO BAENA, M^ªP.: *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral. Origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pgs. 563-568; y SEMPERE NAVARRO, A.V. y CHARRO BAENA, M^ª P.: *Las vacaciones laborales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pgs. 49, 50 y 161.

⁵⁰ El art. 56.2 del EMPE señala expresamente que el personal a turnos disfrutará de los períodos de descanso alternativos.

⁵¹ CAIRÓS BARRETO, D.M^ª: "La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud", ob. cit., pg. 44, afirma que en este caso *habrá que estar al poder de organización de la dirección o gerencia del centro y entender que, efectivamente, deben haber sido razones organizativas o asistenciales graves las que hayan impedido el disfrute del descanso semanal mínimo*.

⁵² No obstante, el art. 52 del EMPE admite que el tiempo mínimo de descanso semanal no disfrutado se compense con descanso alternativo, pero no especifica las razones que pueden justificarlo.

En ocasiones, la necesidad de garantizar la atención continuada a la población conlleva un incremento de la jornada laboral del personal, con la consiguiente disminución/interrupción de los tiempos mínimos de descanso y la subsiguiente aplicación de las reglas de descanso alternativo. Por ello, es muy importante delimitar las causas y circunstancias que en un momento determinado permiten limitar el derecho de los profesionales a la seguridad y salud laboral mediante un descanso adecuado con el fin de garantizar y preservar el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud mediante la organización de centros y establecimientos sanitarios que oferten atención socio-sanitaria de forma permanente y continuada.

Las causas legales que justifiquen la alternación de los descansos, y su posterior compensación mediante descansos alternativos, no son precisas y normalmente se determinan acudiendo al uso de conceptos jurídicos indeterminados (“necesidad de garantizar la continuidad del servicio” o “emergencia asistencial”), lo cual no resulta muy clarificador. Por ello, en la práctica, corresponde al poder de dirección y organización de la Administración sanitaria competente determinar con carácter excepcional, motivadamente y de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación (art. 103. CE), las causas que justifican en cada caso la alteración del descanso, garantizando, de una parte, la salvaguarda los intereses generales de la población, y, de otra, la protección eficaz de la seguridad y de la salud del trabajador.

Todo parece apuntar que las causas que permiten excepcionar el régimen legal de los tiempos mínimos de descanso deben estar relacionadas con situaciones de emergencia o fuerza mayor (catástrofes naturales, epidemias, pandemias, graves accidentes que afectan a un gran número de persona, disturbios, guerras, etc.), que conlleven una reducción inesperada de plantilla o un incremento imprevisible de la demanda sanitaria que implique la necesidad de más personal para garantizar la atención continuada, sin que haya tiempo suficiente para reorganizar la programación funcional del centro.

Sin embargo, más allá de las situaciones de emergencia asistencial o fuerza mayor, la realidad es que las necesidades estructurales de personal que regularmente tienen los centros sanitarios del

SNS⁵³ hacen que, en ocasiones, el personal sanitario no disfrute íntegramente de los tiempos mínimos de descanso en el momento legalmente establecido y, más concretamente, no libre el día siguiente a una guardia. La cuestión que late en el fondo de este asunto consiste en determinar hasta que punto las necesidades estructurales de carácter ordinario y no excepcional pueden facultar para que la programación funcional del centro pueda excepcionar el derecho al descanso con el fin de garantizar que la atención sanitaria se preste de forma continuada y permanente. Los Tribunales han señalado que en estos casos la Administración sanitaria no puede excepcionar el régimen de descansos, sin que ello suponga dejar sin efecto su facultades autoorganizativas ni las excepciones legales al descanso⁵⁴.

Ciertamente, junto a la reducción o interrupción de los tiempos mínimos de descanso del personal existen otros instrumentos válidos para garantizar que el servicio se preste con normalidad y continuidad como, por ejemplo, el recurso a la jornada especial, pero sucede, al igual que la reducción de los tiempos de descanso, que esta medida tiene carácter excepcional, y se aplica subsidiariamente, cuando la realización de jornada complementaria fuera insuficiente para garantizar la adecuada atención continuada y permanente, y siempre que existan razones organizativas o asistenciales que así lo justifiquen (art. 49 EMPE).

⁵³ Actualmente, la carencia de personal para cubrir las necesidades asistenciales en los centros sanitarios del SNS se origina, entre otros motivos, por: 1) la exención de guardias para el personal facultativo a partir de los 55 años de edad; 2) la reducción de efectivos en cada período vacacional; 6, 3) la falta de especialistas en zonas de dispersión geográfica (Ceuta, Melilla y las Islas Baleares y Canarias), tal como indican las Resoluciones que publican el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura en los tres primeros trimestres del año 2010. En este sentido, vid.: 1) Resolución de 21 de diciembre de 2009, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura para el primer trimestre de 2010 (BOE núm. 10, de 12 enero 2010 y BOE núm. 31, de 21 febrero 2010); 2) Resolución de 26 de marzo de 2010, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura para el segundo trimestre de 2010 (BOE núm. 88, de 12 abril 2010); y 3) Resolución de 30 de junio de 2010, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura para el tercer trimestre de 2010 (BOE núm. 172, de 16 julio 2010).

⁵⁴ En este sentido, vid., STSJ de La Rioja, Contencioso-Administrativo, de 13 de febrero de 2009 (JUR 2009, 210299).

Otra medida para garantizar la continuidad del servicio es la contratación de personal para realizar jornada complementaria, pero ello implica un desembolso económico que no todos los servicios de salud están en condiciones de presupuestar. En definitiva, aunque las necesidades organizativas, estructurales y asistenciales de carácter ordinario y no excepcional no justifican la limitación del derecho al descanso, con la consiguiente aplicación del régimen de descansos alternativos, lo cierto es que, en ocasiones, los centros e instituciones sanitarias tienen dificultades para mantener la continuidad del servicio si no recurren a ello. Por tanto, más allá de los supuestos de fuerza mayor y emergencia asistencial, se trata de ponderar si es posible en algún caso alterar los tiempos mínimos de descanso por razones estructurales de carácter ordinario.

2. Contenido y características del régimen de descansos alternativos

2.1 La naturaleza del período de descanso alternativo

Los descansos alternativos tienen una doble naturaleza: compensan los tiempos de descanso no disfrutados y limitan la jornada laboral. La programación funcional del centro puede determinar excepcionalmente que el personal no disfrute de los tiempos mínimos de descanso en los periodos señalados, pero lo que no puede es alterar las reglas sobre jornada máxima, de modo que si la prolongación de la jornada laboral como consecuencia de la reducción del descanso conlleva sobrepasar los límites legales de jornada máxima, no podrá realizar tal reducción. Precisamente, el hecho de que el descanso no disfrutado se compense con descansos alternativos y no en términos económicos permite no sólo garantizar el descanso del trabajador sino también no superar la jornada legal máxima. Así mismo, la exigencia de que la duración del descanso alternativo sea equivalente al tiempo de descanso no disfrutado, confirma que *los descansos cumplen una función de limitar indirectamente la duración del trabajo*⁵⁵.

Por otra parte, los descansos diario y semanal no tienen la consideración de trabajo efectivo (art. 58.2 EMPE), lo cual significa que no son retribu-

dos ni pueden tomarse para el cómputo de la jornada ordinaria de trabajo. Ello guarda coherencia con la doctrina jurisprudencial más reciente que considera que si el descanso diario subsiguiente a una guardia (libranza) coincide con domingo o festivo intersemanal (guardia en sábado o víspera de fiesta), la libranza, además de quedar incluida en el descanso semanal del domingo o en el festivo, no computa como día trabajado a efectos del cumplimiento de la jornada anual ordinaria⁵⁶.

El descanso alternativo comparte la misma naturaleza que el descanso no disfrutado que compensa, de modo que los descansos alternativos al descanso diario y al descanso semanal (art. 58.2 EMPE): 1) no tienen la consideración de trabajo; 2) no son retribuidos; y, 3) no podrán ser tomados para el cómputo de la jornada ordinaria de trabajo.

2.2 El descanso no disfrutado se compensa con descanso alternativo

Los descansos mínimos no disfrutados no pueden compensarse económicamente sino, única y exclusivamente, con descanso alternativo (art. 54.3 EMPE). El EMPE prohíbe la sustitución de los descansos alternativos por compensación económica, pero no regula las consecuencias que lleva aparejado el incumplimiento de tal prohibición. Llegados a este punto, conviene destacar que una cosa es que el descanso no disfrutado no pueda sustituirse por compensación económica, y otra diferente la indemnización de daños y perjuicios que pudiera exigirse por incumplimiento contractual del régimen legal de descansos alternativos, de naturaleza resarcitoria⁵⁷.

⁵⁶ Vid., STS, Social, RCUd, de 20 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5299).

⁵⁷ En este sentido, la STSJ de Castilla y León/Burgos, de 10 de diciembre de 2009 (AS 2009, 2706), es clara cuando afirma que, *en suma, y como conclusión, no es que la parte actora pretenda el reconocimiento y pago de una cantidad de tipo salarial, sino por el contrario una indemnización como consecuencia del incumplimiento por la Administración del período de descanso al que tiene derecho, y que no ha disfrutado. Este derecho a indemnización no puede ser compensado con el supuesto pago de cantidades de haberes ordinarios, o complementos, sino que se trata de un concepto pecuniario distinto, que a la luz de la doctrina antes expresada, tiene derecho a su reclamación y cobro la parte actora.*

⁵⁵ En este sentido, vid., MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La relación laboral del residente sanitario*, ob. cit., pg. 239.

En el ámbito de la relación laboral del personal residente en formación y antes de la aprobación y entrada en vigor del Real Decreto 1146/2006, el TS declaró la nulidad de las cláusulas contractuales que impedían o limitaban el disfrute al descanso diario de 12 horas⁵⁸. En algunos servicios de salud se generó una intensa conflictividad por: 1) la falta de reconocimiento del descanso mínimo de 12 horas subsiguiente a una guardia nocturna de presencia física, enlazando la guardia con la jornada laboral del día siguiente; y, 2) la reducción del descanso semanal cuando la guardia se realizaba en sábado, descansando el domingo y debiendo incorporarse a la jornada laboral del lunes, sin disfrutar las 36 horas de descanso mínimo ininterrumpido. Sucede que en muchos casos la negativa al disfrute de la libranza no ha llevado aparejado en la práctica el ejercicio de acciones dirigidas a reclamar el derecho al descanso alternativo, sino el ejercicio de acciones dirigidas a reclamar una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual⁵⁹.

⁵⁸ Actualmente, el art. 5.1.b).párrafo 1º del Real Decreto 1146/2006 declara expresamente el derecho del personal residente en formación en Ciencias de la Salud a un descanso diario mínimo de 12 horas continuadas entre una jornada y otra. Antes de tal previsión normativa, el TS declaró la aplicación del art. 34.1 del ET a los MIR contratados por las instituciones sanitarias para prestar servicios y adquirir formación sanitaria especializada en lo concierne al descanso mínimo entre jornadas, declarando la nulidad de las cláusulas de los contratos-tipo que no incorporaban un período de libranza tras las guardias sino que, por ejemplo, señalaban que la prestación de servicios nocturnos de presencia física no implicaba necesariamente la libranza del día siguiente al de su realización. En este sentido, vid., SSTS, RCO, de 15 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1800), 8 de junio de 2001 (RJ 2001, 5505), 18 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3805), y 9 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 874). También, vid., ATS de 16 de septiembre de 2008 (JUR 2008, 328174). La postura del TS fue posteriormente acogida por la Doctrina Judicial. Por todas, vid., STSJ Andalucía/Sevilla, de 13 de abril de 2000 (AS 2001, 2763).

⁵⁹ La acción judicial ejercitada para impugnar el sistema de distribución de trabajo, pedir el respeto de los períodos de descanso y exigir el disfrute de los descansos alternativos, no es meramente declarativa, al responder a un interés concreto, efectivo y actual; no se trata de una acción que tenga sólo un interés preventivo o cautelar, no efectivo ni actual. En este sentido, vid., por todas, SSTS, Social, de 23 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7300), 31 de mayo de 1999 (RJ 1999, 7157), 23 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9509) y 17 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 522); y SSTSJ de Cantabria, Social, de 24 de junio de 2002 (JUR 2002, 195284) y 6 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 81176).

La Sala de lo Social del TSJ de Baleares⁶⁰ inició en su día una Doctrina Judicial, seguida por el TSJ de Castilla y León⁶¹, según la cual, el impedi-

⁶⁰ Vid., SSTSJ de Baleares, de 30 de enero de 2002 (JUR 2002, 99082), 21 de marzo de 2003 (JUR 2004, 10705), 12 de mayo de 2003 (JUR 2004, 11052), 30 de mayo de 2003 (JUR 2004, 11235) y 17 de marzo de 2004 (JUR 2004, 181945).

⁶¹ Vid., SSTSJ de Castilla y León/Burgos, de 1 de diciembre de 2005 (AS 2005, 3556), 16 de diciembre de 2005 (JUR 2006, 24526), 29 de diciembre de 2005 (AS 2006, 90 y 392), 2 de febrero de 2006 (AS 2006, 773), 13 de marzo de 2006 (JUR 2006, 126958), 27 de junio de 2006 (JUR 2006, 229940, 236122, 236124, 236125, 236138, 236140, 236143, 236145, 236146, 236159, 236169 y 240427), 5 de julio de 2006 (AS 2006, 1997 y 2238; y JUR 2006, 229761, 235979, 235983, 235992, 235994 y 235996), 27 de julio de 2006 (AS 2006, 2561; y JUR 2006, 210745, 235561, 235562, 235564, 235565, 235566, 235578, 235595, 235596, 235606, 235994 y 235996), 19 de septiembre de 2006 (AS 2006, 2844; y JUR 2006, 287030), 26 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 257495, 257498, 257537, 257540, 257560 y 257562), 11 de octubre de 2006 (JUR 2006, 267769, 267794, 267808 y 267810), 17 de octubre de 2006 (JUR 2006, 267673, 267675, 267676 y 267680), 18 de octubre de 2006 (JUR 2006, 267658 y 267660), 19 de octubre de 2006 (JUR 2006, 267633 y 267635), 3 de noviembre de 2006 (AS 2006, 2886; y JUR 2006, 267344, 277577 y 277591), 22 de noviembre de 2006 (AS 2007, 881; y JUR 2007, 14215, 14238, 14249, 14289, 14291 y 23615), 23 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 14153 y 14154), 24 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 14116), 29 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 60715 y 60739), 30 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 60699), 4 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 60606, 60615 y 60628), 5 de diciembre de 2006 (AS 2007, 353; y JUR 2007, 60580), 14 de diciembre de 2006 (AS 2007, 2118), 19 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 60240), 25 de enero de 2007 (JUR 2007, 219878), 7 de febrero de 2007 (AS 2007, 2146), 26 de julio de 2007 (JUR 2007, 331397, 331406, 331446 y 331447), 18 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 363691), 25 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 363406), 26 de septiembre de 2007 (JUR 2008, 5717), 27 de septiembre de 2007 (JUR 2008, 5662 y 5688), 4 de octubre de 2007 (AS 2007, 3471), 11 de octubre de 2007 (JUR 2008, 12960), 18 de octubre de 2007 (JUR 2008, 12273, 12315, 12356 y 12358), 23 de octubre de 2007 (JUR 2008, 12080, 12092, 12116, 12117, 12131 y 21657), 24 de octubre de 2007 (JUR 2008, 11976, 11981, 11991 y 12033), 25 de octubre de 2007 (JUR 2008, 11917, 11928, 11929, 11941, 11944, 11945, 11946, 11947, 11962 y 11963), 8 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 67112, 67137, 67138, 67189 y 67208), 5 de diciembre de 2007 (AS 2008, 722), 13 de diciembre de 2007 (AS 2008, 748), 24 de enero de 2008 (JUR 2008, 106178), 17 de enero de 2008 (AS 2008, 315), 5 de febrero de 2008 (JUR 2008, 131502 y 131503), 6 de febrero de 2008 (AS 2008, 1212; y JUR 2008, 131353), 7 de febrero de 2008 (JUR 2008, 131158), 12 de febrero de 2008 (JUR 2008, 130847), 14 de febrero de 2008 (AS 2008, 1317; JUR 2008, 130681), 19 de febrero de 2008 (), 20 de febrero de 2008 (JUR 2008, 135992), 27 de febrero de 2008 (JUR 2008, 144182 y 144280), 6 de marzo de 2008 (JUR 2008, 143208), 13 de marzo de 2008 (JUR 2008, 164295), 10 de abril de 2008 (JUR 2008, 19778), 17 de abril de 2008 (JUR 2008, 225551), 29 de abril de 2008 (AS 2008, 1730), 29 de mayo de 2008 (JUR 2008, 355712), 10 de diciembre de 2009 (AS 2009, 2706; y JUR 2010,

mento empresarial del disfrute de la libranza posterior a la guardia constituye un incumplimiento contractual, susceptible de ser indemnizado (arts. 1101, 1255 y 1258 CC); indemnización calculada según los días indebidamente trabajados, a partir de la retribución fijada para la jornada ordinaria de trabajo. La situación descrita da pie a pensar que, en última instancia, la supresión del descanso posterior a una guardia no queda compensada con descanso alternativo sino en términos económicos. Con todo, la Doctrina Judicial expuesta no es unánime, y el TSJ de Asturias consideró que las horas de trabajo que excedieran el límite del art. 34 del ET, por la supresión del descanso subsiguiente a la guardia, no constituían una infracción contractual, al poder incluirse en la jornada semanal máxima de 58 horas de media que, con carácter general, la Directiva 2003/88/CE fijaba en aquel momento⁶².

Tras la entrada en vigor del Real Decreto 1146/2006, y de acuerdo con lo dispuesto en su art. 5.1.b). párrafo 2º, la libranza posterior a la guardia es un descanso irrenunciable, que podrá alterarse en situaciones de emergencia asistencial pero, en tal caso, no podrá compensarse económicamente sino mediante el régimen de descansos alternativos del EMPE, que es igualmente irrenunciable.

34354), 17 de diciembre de 2009 (AS 2010, 529; y JUR 2010, 50053, 50057 y 50075), 28 de enero de 2010 (JUR 2010, 101302), 11 de marzo de 2010 (JUR 2010, 154016), y 22 de abril de 2010 (JUR 2010, 193451).

⁶² Cuando la guardia de presencia física era de lunes a viernes, ésta comenzaba a las 15.00 h. y terminaba a las 8.00 h. del día siguiente, continuando con la jornada laboral ordinaria, sin descanso ni libranza, lo cual suponía un total de 31 horas de trabajo. Si la guardia era el sábado, se desarrollaba desde las 10.00 h. hasta las 10.00 h. del domingo, incorporándose a la jornada laboral ordinaria del lunes, sin disfrutar las 36 horas de descanso mínimo semanal. Finalmente, cuando la guardia se realizaba en domingo, comenzaba a las 10.00 h. y finalizaba a las 8.00 h. del lunes, continuando en ese momento con la jornada laboral ordinaria hasta las 15.00 h. El TSJ de Asturias consideró que en todas estas situaciones la suma de las horas de jornada ordinaria y las de atención continuada nunca excedió el límite de 58 horas semanales de media. Vid., SSTSJ de Asturias, de 10 de noviembre de 2006 (AS 2007, 1666; y JUR 2007, 133647), 24 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 223585), 22 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 221792), 9 de febrero de 2007 (AS 2007, 2168), 16 de febrero de 2007 (JUR 2007, 217362), 16 de marzo de 2007 (AS 2007, 2604), 23 de marzo de 2007 (AS 2007, 1943; y JUR 2007, 213989), 4 de mayo de 2007 (AS 2007, 2405), 1 de junio de 2007 (JUR 2007, 286818), 8 de junio de 2007 (AS 2007, 2486), 22 de junio de 2007 (AS 2007, 2446), 14 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 354510) y 18 de julio de 2008 (AS 2008, 2470).

Llegado este punto, conviene recordar que la alteración del descanso diario de 12 horas subsiguiente a una guardia (libranza) no constituye, por sí mismo, un incumplimiento contractual porque tanto el Real Decreto 1146/2006 como el EMPE lo permiten en determinadas circunstancias y siempre que lleve aparejado el reconocimiento del descanso alternativo posterior. El incumplimiento contractual lo sería, en su caso, del régimen de descansos alternativos y, por tanto, la indemnización de daños y perjuicios no procede tanto por incumplimiento del descanso diario sino del descanso alternativo. En conclusión, los descansos legales no pueden sustituirse por compensación económica sino por medio de descansos alternativos, y la reclamación de daños y perjuicios debiera plantearse por incumplimiento del régimen de descansos alternativos y no tanto por incumplimiento del descanso diario.

Finalmente, el art. 54.3 del EMPE señala que, excepcionalmente, los descansos alternativos podrán sustituirse por compensación económica cuando no puedan disfrutarse por (art. 54.3 EMPE):

- Finalización de la relación de servicios. Si la relación de servicios llega a su fin sin que el personal haya disfrutado de los descansos alternativos, cabe su compensación económica, aunque el EMPE no precisa su cuantía ni el modo de cálculo. La primera duda de interpretación que plantea esta excepción es si la posibilidad de sustituir el descanso alternativo por compensación económica se extiende a todos los supuestos de finalización de la relación de servicios, o únicamente a las extinciones que se producen de manera súbita o imprevista antes del período de descanso⁶³.

- Las circunstancias derivadas del hecho insular, en coherencia con el art. 138.1 de la CE, según el cual, el Estado atenderá *las circunstancias del hecho insular*⁶⁴. No parece muy clara cuál sea la

⁶³ MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La relación laboral del residente sanitario*, ob. cit., pgs. 240 y 241, considera que la finalidad del art. 54.3 EMPE es la misma que la del art. 7.2 de la Directiva 2003/88/CE, que impide la sustitución del período vacacional por compensación económica, salvo en el caso de la finalización de la prestación de servicios. Por ello, afirma el autor, el descanso alternativo únicamente puede sustituirse por compensación económica *cuando se trate de una extinción imprevista, no cuando se deba a la llegada del término final del contrato*.

⁶⁴ El EMPE también toma en consideración las circunstancias derivadas del hecho insular a propósito del régimen

situación relacionada con el hecho insular que impida el disfrute del descanso: si los supuestos en los que el personal trabaja en una isla y su domicilio o lugar de descanso se encuentra en la península o en otra isla, de modo que puedan darse situaciones en las que no sea físicamente posible disfrutar del descanso, o viceversa⁶⁵.

Conviene examinar hasta qué punto la compensación económica que en los dos supuestos excepcionales señalados sustituye al descanso alternativo puede incluirse dentro del término “protección equivalente”, al que hace referencia el art. 17.2 de la Directiva 2003/88/CE para *aquellos casos excepcionales en que por razones objetivas no sea posible la concesión de tales períodos equivalentes de descanso compensatorio*. La Directiva recurre en este punto al uso de conceptos jurídicos indeterminados, sin precisar las razones objetivas que justifican la supresión de descansos alternativos, ni las medidas de protección equivalentes que les sustituyan.

El art. 54.3 del EMPE precisa los supuestos en los que el descanso compensatorio podrá sustituir por compensación económica pero no la cuantía de ésta ni el modo de calcularla. Cabe entender que sobre este punto habrá de estarse a lo dispuesto en las normas y acuerdos autonómicos, sin que la citada cuantía sea inferior a la retribución equivalente a las horas trabajadas y no descansadas, tomando el valor de la hora ordinaria de trabajo.

2.3 La duración del descanso alternativo

La duración total descanso compensatorio o alternativo no podrá ser inferior al tiempo no descansado (art 54.1 EMPE). Se trata de un derecho de mínimos, de modo la duración del descanso alternativo

jurídico de la jornada especial máxima de 150 horas (art. 49.1.párrafo 2º y Disposición Transitoria Sexta EMPE).

⁶⁵ CAIROS BARRETO, D. M^a: “La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud”, ob. cit., pg. 45, entiende que el hecho insular *debe entenderse referido a aquellos supuestos en los que el domicilio o lugar de descanso del personal se encuentra en una isla y su lugar de trabajo en el territorio peninsular o en otra isla*. MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La relación laboral del residente sanitario*, ob. cit., pg. 240, afirma que la referencia al hecho insular es enigmática y abre muchos interrogantes, entre otros *conocer a quién va destinada la norma*, si al personal insular originario de una Comunidad Autónoma distinta; a todo el personal insular; o únicamente al personal canario o balear que trabaja en la península.

puede superar la reducción practicada, mejorando en este punto el contenido de la Directiva 2003/88/CE, que alude a períodos equivalentes (iguales) de descanso compensatorio. Por tanto, la duración total del descanso compensatorio será, al menos, igual al tiempo que reste para alcanzar las 12 horas de descanso diario, las 36 horas de descanso mínimo semanal o el día festivo. Aunque la duración del descanso alternativo puede superar el tiempo no descansado, el régimen de descansos alternativos alcanza únicamente a los tiempos mínimos de descanso no disfrutados, pero no al tiempo superior de descanso que se hubiera acordado.

El art. 54.2 del EMPE señala que la compensación se entenderá producida cuando se haya disfrutado en cómputo trimestral, un promedio semanal de 96 horas de descanso, incluyendo los descansos semanales disfrutados, computando para ello todos los períodos de descanso de duración igual o superior a 12 horas consecutivas. Las 96 horas de descanso medio semanal son el resultado de la suma de los descansos mínimos diario y semanal: (12 horas de descanso mínimo diario x 6 días) + 24 horas de descanso mínimo semanal⁶⁶.

Para el cálculo del promedio de descanso semanal, el art. 54.2 del EMPE toma en cuenta únicamente los descansos semanales y diarios, y el art. 58.3 del EMPE excluye expresamente el período anual de vacación retribuida y los períodos de baja por enfermedad.

El período anual de vacación retribuida, al que hace referencia el art. 58.3 del EMPE, no es el mínimo de 30 días naturales o el que proporcionalmente corresponda en función del tiempo de servicios, sino el previsto en la programación funcional del centro, o el establecido en virtud de acuerdo, pacto o norma. No es extraño que se concedan días adicionales de vacación, en cuyo caso, este período adicional también será neutro, salvo que en la propia norma, pacto o acuerdo le otorgarse otro carácter o consideración⁶⁷.

⁶⁶ Vid., ARETA MARTÍNEZ, M.: “Artículo 54. Régimen de descansos alternativos”, ob. cit., pg. 483.

⁶⁷ En este sentido, por ejemplo, el art. 65.2 de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, que aprueba el Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León (BO Castilla y León núm. 52, de 14 marzo 2007), reconoce un día hábil adicional de vacación al cumplir el trabajador 15 años de servicio, añadiéndose un día hábil más al cumplir los

El art. 58.3 del EMPE señala que los períodos de baja por enfermedad también están excluidos para el cálculo del promedio de descanso semanal del art. 54 del EMPE, sin más precisión en cuanto a la duración de la baja, o el origen, común o profesional, de la enfermedad. Para precisar cuáles sean esos períodos de baja por enfermedad y su duración, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 128 de la LGSS para las situaciones de incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social. Por tanto, los períodos de baja por enfermedad se corresponderán con: 1) las situaciones debidas a enfermedad común o profesional, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria y esté impedido para el trabajo [art. 128.1.a) LGSS]; y, 2) los períodos de baja por enfermedad profesional [art. 128.1.b) LGSS]. El art. 58.3 del EMPE no excluye expresamente para el cálculo del promedio de descanso semanal los períodos de baja por accidente, laboral y común, pero una interpretación finalista llevaría a considerarlos también como período neutro.

2.4 El momento de disfrute del descanso alternativo

Aunque la norma no precisa el momento en el que el trabajador debe disfrutar los períodos de descanso compensatorio o alternativo, los Tribunales han señalado que éstos deben suceder inmediatamente al tiempo de trabajo que supuestamente compensan, para evitar la aparición de un estado de fatiga o agotamiento del trabajador a causa de la acumulación de períodos consecutivos de trabajo. Por tanto, el trabajador disfrutará de los períodos de descanso compensatorio o alternativo antes de emprender el siguiente período de trabajo⁶⁸.

Cuando la programación funcional del centro establezca la merma de los tiempos mínimos de descanso, sería conveniente que, al mismo tiempo fijase, además de la duración del descanso alternativo, el momento exacto en el que se disfrutará, es decir, se debe establecer el día o días concretos del disfrute alternativo⁶⁹.

veinte, veinticinco y treinta años de servicio, respectivamente, hasta un total de cuatro días hábiles más por año natural.

⁶⁸ Sobre esta cuestión, vid., por todas, STSJ de La Rioja, Contencioso-Administrativo, de 13 de febrero de 2009 (JUR 2009, 210299).

⁶⁹ Sobre la determinación del momento de disfrute del descanso alternativo en el ámbito de la relaciones laborales, vid., LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Descansos laborales y tiempo de*

2.5 La suspensión del descanso alternativo

El art. 59.2.párrafo 1º del EMPE permite la suspensión de los períodos de descanso, incluidos los alternativos, temporalmente y mediante resolución motivada, cuando *las circunstancias concretas que concurran en el centro imposibiliten el mantenimiento de la asistencia sanitaria a la población con los recursos humanos disponibles*. En estos casos, el personal podrá ver limitado no sólo el disfrute de los descansos mínimos, sino también los descansos compensatorios, hasta que no se elabore un plan urgente de captación de recursos humanos que permita restituir la normalidad en el mantenimiento de la asistencia sanitaria. En cualquier caso, el EMPE no detalla cuáles sean esas *circunstancias concretas*, expresión que termina por convertirse en concepto jurídico indeterminado, que habrá que precisar caso por caso.

Bibliografía:

- AAVV (Coords., Parejo Alfonso, L.; Palomar Olmeda, A.; y Vaquer Caballería, M.): *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

- AAVV (Coords., González Salinas, P. y Lizarraga Bonelli, E.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Civitas-Thomson, 2ª ed., 2005.

- AAVV (Dirs., Palomar Olmeda, A. y Sempere Navarro, A.V.; y Coord., Meléndez Morillo-Velarde, L.): *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

- Albiol Montesinos, I.: *El fraccionamiento de las vacaciones en el Derecho Español del Trabajo*, Volumen 2, III CIDT, Sevilla, 1970.

- Baz Rodríguez, J.: *El contrato de trabajo de los residentes sanitarios*, Bomarzo, Albacete, 2008.

- Cairós Barreto, D. M^a: “La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud”, *Derecho y Salud*, Vol. 14, núm. 2 extra, 2006.

- Cámara Botía, A.: “Pluralidad de formas de gestión de los servicios de salud y de regímenes jurídicos de personal: a propósito de la retribución de las guardias médicas”, *Aranzadi Social*, Tomo I, 2004.

trabajo. Régimen jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos, CES, Madrid, 2004, pgs. 45-49.

- Castro Argüelles, M^a A.: “Ordenación del tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE y otras normas complementarias”, en AAVV (Dir., García Murcia, J.): *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español. Un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.
- Cavas Martínez, F. y Sempere Navarro, A.V.: *El Personal Estatutario de la Seguridad Social en la Doctrina de Unificación (1991-1998)*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- Charro Baena, M^aP.: *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral. Origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.
- De la Puebla Pinilla, A.: “Últimas y contradictorias respuestas judiciales sobre la flexibilización del tiempo de trabajo del personal sanitario”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2008.
- González del Rey Rodríguez, I. y Menéndez Sebastián, P.: “La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud”, *Relaciones Laborales*, núm. 20, 2006.
- Gorelli Hernández, J.: “Guardias en la sanidad. Extensión de la normativa estatutaria al personal laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 21, 2009.
- López Ahumada, J.E.: *Descansos laborales y tiempo de trabajo. Régimen jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos*, CES, Madrid, 2004.
- Martínez Barroso, M^a R.: “Sobre las guardias médicas de presencia física y el derecho al descanso subsiguiente”, *Aranzadi Social*, Tomo II, 2008 (BIB 2001/980).
- Monreal Bringsvaerd, E.: *La relación laboral del residente sanitario*, La Ley, Madrid, 2009.
- Montoya Melgar, A.: “El personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social: evolución y nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”, en AAVV: *Personal estatutario de la Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- Palomar Olmeda, A. y Vázquez Garranzo, J.: *Los médicos internos residentes. Régimen jurídico del MIR*, Dykinson, Madrid, 2009.
- Pérez Gómez, J.M^a.: “Régimen Jurídico del Personal Estatutario del Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, Vol. 13, núm. 2, 2005.
- “La reducción del descanso diario o semanal de los MIR: una infracción indemnizable”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2008.
- Rabanal Carbajo, P.: “Tiempo de trabajo del personal estatutario de la Seguridad Social”, en AAVV: *Personal Estatutario de la Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- Sala Franco, T.: *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, BOE de 17 de diciembre)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Sempere Navarro, A.V. y Charro Baena, M^a P.: *Las vacaciones laborales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- Villa Gil, L.E.: “Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas”, *Revista de Política Social*, núm. 81, 1969.

LA E-RECETA: CONFIDENCIALIDAD Y PROYECTO DE REGULACIÓN.

Cristina Gil Membrado

*Doctora en Derecho. Abogada. Profesora asociada de Derecho Civil
(Universidad de las Islas Baleares)*

I. EL PROYECTO DE RD SOBRE RECETA MÉDICA Y ORDEN HOSPITALARIA DE DISPENSACIÓN: UNA NECESIDAD. II. LA RECETA MÉDICA. a. La e-receta. b. Los datos personales y la e-receta. c. Funcionamiento de la e-receta. Especial mención a la TIS. **III. INTERVINIENTES.** a. El prescriptor. b. El dispensador. i. Las oficinas de farmacia. ii. Los servicios hospitalarios. c. Los colegios oficiales y el Consejo General. **IV. FUTURO DE LA E-RECETA.**

Perspectiva jurídica de la intimidad de los participantes en el proceso de prescripción-dispensación-facturación de la receta electrónica a la luz del Proyecto de Real Decreto de Receta Médica.

Confidencialidad, receta electrónica. *Confidentiality, electronic prescription.*

I. EL PROYECTO DE RD SOBRE RECETA MÉDICA Y ORDEN HOSPITALARIA DE DISPENSACIÓN: UNA NECESIDAD.

La regulación de la receta médica en España se articula a través del Real Decreto 1910/1984, de 26 de septiembre¹, actualmente anacrónico a tenor de

¹ Real Decreto 1910/1984, de 26 de septiembre, de receta médica (BOE núm. 259, de 29.10.1984).

En desarrollo del citado RD y a consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, se dictaron las siguientes normas:

- Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 30 de abril de 1986, por la que se establecen los criterios de normalización de recetas médicas y el modelo de recetas para tratamientos de larga duración con medicamentos que contengan estupefacientes o psicótopos.

la evolución habida en el ámbito estatal y europeo en materia farmacéutica. Así, muestra de ello, nos referiremos a la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y

- Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 25 de abril de 1994, por la que se regulan las recetas y los requisitos especiales de prescripción y dispensación de estupefacientes para uso humano.

- Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 23 de mayo de 1994, sobre modelos oficiales de receta médica para la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.

- Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 29 de septiembre de 1995 por la que se modifica la orden de 23 de mayo de 1994 sobre modelos oficiales de receta médica para la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.

- Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 4 de febrero de 1998 por la que se modifica la de 23 de mayo de 1994, sobre modelos oficiales de receta médica para la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.

productos sanitarios², que requiere un marco jurídico acorde a la misma de la receta médica, con el objeto de lograr un uso racional de los medicamentos, para cuya consecución es fundamental la implantación de la e-receta apoyada en las nuevas tecnologías aplicadas a la prescripción y a la dispensación. También se hace necesario el desarrollo, a tenor de lo dispuesto en los apartados 6 y 8 del artículo 77³ de la citada norma, de la orden hospitalaria de dispensación⁴.

El objetivo rector del Proyecto de Real Decreto sobre receta médica y orden hospitalaria de dispensación (RDRM)⁵ es la adecuación de la norma-

² Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE núm. 178, de 27.7.2006).

³ Artículo 77. La receta médica y la prescripción hospitalaria

«1. La receta médica, pública o privada, y la orden de dispensación hospitalaria son los documentos que aseguran la instauración de un tratamiento con medicamentos por instrucción de un médico, un odontólogo o un podólogo, en el ámbito de sus competencias respectivas, únicos profesionales con facultad para recetar medicamentos sujetos a prescripción médica.

Sin perjuicio de lo anterior, los enfermeros, de forma autónoma, podrán indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica y los productos sanitarios, mediante la correspondiente orden de dispensación [...].

6. El Gobierno podrá regular con carácter básico lo dispuesto en los números anteriores y establecer la exigencia de otros requisitos que por afectar a la salud pública o al sistema sanitario hayan de ser de general aplicación en las recetas médicas u órdenes hospitalarias.

[...]

8. El Gobierno determinará con carácter básico los requisitos mínimos que han de cumplir las recetas médicas extendidas y/o editadas en soporte informático con el fin de asegurar la accesibilidad de todos los ciudadanos, en condiciones de igualdad efectiva en el conjunto del territorio español, a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud».

⁴ Se hace eco de esta pretensión el Proyecto de Real Decreto sobre receta médica y orden hospitalaria de dispensación. En adelante, RDRM.

Disponible en la URL: <http://www.msps.es/normativa/docs/borradorRecetaMedica.pdf> [Con acceso el 1.9.2010].

⁵ Nos remontamos para referirnos a sus orígenes a mayo de 2007. Fue sometido a trámite de audiencia pública un proyecto de Real Decreto sobre receta médica y orden hospitalaria de dispensación. En dicha tramitación, cuyo plazo para presentación de alegaciones finalizó el 22 de agosto de 2007, el proyecto fue informado por diversos y numerosos organismos, entre ellos los propios de la Administración General del Estado, competente en la gestión de los regímenes especiales de la asistencia sanitaria pública, Comunidades Autónomas, Organizaciones profesionales y sociedades médicas, farmacéuticas y de otros profesionales sanitarios como enfermeros y

tiva a los avances tecnológicos habidos en esta materia. Así regula la receta médica proveniente tanto del ámbito público como del privado, en todo tipo de soporte, sea en papel, bien se cumplimente de modo manual o automatizado, o electrónica. Este documento gozará de las garantías necesarias para su dispensación en cualquier farmacia del territorio nacional. Así, el Proyecto de RDRM desarrolla la Ley 29/2006, en concreto la materialización de sus previsiones relativas a la e-receta y a la posibilidad para el paciente desplazado de disponer de su fármaco en cualquier oficina de farmacia del territorio español.

Es por ello precisamente que la Ley 29/2006 se refiere a la receta médica como «válida en todo el territorio nacional»⁶. Éste es uno de los hitos a conseguir a consecuencia de las dificultades originadas por la diversidad de sistemas de e-receta según la Comunidad Autónoma⁷, considerando ade-

podólogos, la industria farmacéutica, organizaciones de consumidores y usuarios, entre otras entidades.

Las alegaciones recibidas, junto a la experiencia que venían obteniendo las Comunidades Autónomas en sus respectivos programas de implantación de e-receta, y el contenido de la normativa autonómica publicada sobre esta materia, aconsejaba también profundizar en lo relativo a la prescripción y a la dispensación electrónica, y en particular en la garantía de interoperabilidad en todo el territorio nacional. De los requisitos a establecer para la e-receta se ocupó el Grupo de Trabajo creado al efecto por la Comisión Permanente de Farmacia dependiente del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Así, del acervo formado por la normativa de las autonomías sobre la e-receta y por las propuestas de las Comunidades Autónomas emanadas de la Comisión Permanente de Farmacia dependiente del Consejo Interterritorial del SNS y por las del Grupo de Trabajo sobre receta médica, el Ministerio de Sanidad y Política Social revisó y modificó el texto del proyecto. De las modificaciones incorporadas resulta en diciembre de 2009 el nuevo Proyecto de Real Decreto.

⁶ Artículo 77.3.

Del mismo modo se hace eco de su validez en todo el territorio nacional el Proyecto de RDRM en su artículo 2.2 apostillando que ello aparejará como consecuencia la dispensación del tratamiento prescrito en cualquier farmacia del territorio nacional.

⁷ No obstante, y como se pone de manifiesto por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles en las alegaciones presentadas el 27 de enero de 2010 frente al Proyecto de RDRM, «[...] en la actualidad, a día de hoy, la receta electrónica no es válida para todo el territorio nacional por falta de interoperatividad entre los distintos sistemas implantados por las Comunidades Autónomas, con lo que se conculca un derecho fundamental de los pacientes que se ven privados de su efectividad por falta de coordinación entre las administraciones, contravieniendo las obligaciones y principios generales que se instauran en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de

más la aprobación de normativa dispar sobre esta materia⁸, problemas que se incrementan en las zonas limítrofes entre autonomías, para cuya solución sería conveniente profundizar en el nodo de interconexión entre las diversas tipologías de receta electrónica⁹.

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en sus apartados 1 y 2 establece:

“1. Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima.

2. Las Administraciones públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación y colaboración, y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos”.

[...] la Ley 29/2006, de 26 de julio, de GURM y PS, en su artículo 77 apartado 3 establece que la receta deberá ser válida en todo el territorio nacional [...] Por lo que se deben, por parte del Ministerio, realizar cuantas actuaciones fueren necesarias para implantar la interoperatividad, entre los distintos sistemas, para que ésta sea una realidad en el periodo de tiempo más breve posible, arbitrándose las medidas necesarias que permitan la dispensación de la prescripción mediante receta médica electrónica en todo el territorio nacional mientras no se consiga esa interoperatividad entre los distintos sistemas implantados por las Comunidades Autónomas».

⁸ Andalucía: Decreto 181/2007, de 19 de junio que regula la receta médica electrónica; Cataluña: Decreto 159/2007, de 24 de julio que regula la receta electrónica y la tramitación telemática de la prestación farmacéutica a cargo del Servicio Catalán de Salud y Orden de 12 de febrero de 2008 que desarrolla el Decreto 159/2007, de 24 de julio de 2007, que regula la receta electrónica y la tramitación telemática de la prestación farmacéutica a cargo del Servicio Catalán de la Salud; Comunidad Valenciana: Resolución de 4 de julio de 2005 de actualización de los requisitos de utilización de la receta médica oficial de la Conselleria de Sanidad, con firma electrónica reconocida y Resolución de 19 de enero de 2009 de implantación del programa de receta informática y/o electrónica de estupefacientes en el ámbito de la asistencia sanitaria pública de la Comunidad Valenciana; Extremadura: Decreto 93/2009, de 24 de abril, que regula la implantación de la receta electrónica en el ámbito del Sistema Sanitario Público de Extremadura; Galicia: Decreto 206/2008, de 28 de agosto de receta electrónica.

⁹ El Proyecto de Real Decreto desarrolla el Plan Estratégico de Política Farmacéutica de 2004 y la Ley 29/2006 de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, estableciendo la regulación del modelo de receta electrónica y la garantía de su funcionalidad para los pacientes desplazados. Es el Ministerio el que actúa como nodo de intercomunicación de datos entre las comunidades autónomas para garantizar que el paciente podrá disponer de su medicamento en cualquier oficina del territorio español, tal y como reza su artículo 2.2.

En beneficio de esta pretendida uniformidad, el Proyecto de RDRM se apoya en los títulos competenciales correspondientes al artículo 149.1 de la CE, por el cual se establece la reserva estatal de las bases que aseguren la igualdad efectiva entre los españoles en todo el territorio nacional, y al artículo 149.1.16 que responde a la competencia estatal para el establecimiento de las bases y de la coordinación general de la sanidad.

La Ley 29/2006, en su artículo 77, referido a la receta médica y a la prescripción hospitalaria, prevé en su apartado 6¹⁰ la regulación con el carácter de básica por parte del Gobierno, las disposiciones de la Ley en esta materia así como otros requisitos de las recetas y órdenes hospitalarias de general aplicación. También el apartado 8¹¹ insta al Gobierno la determinación con carácter básico de los requisitos mínimos a observar en lo que se refiere a las recetas informatizadas.

Así, cuando el proyecto de RDRM entre en vigor, las comunidades autónomas podrán dictar normas de acuerdo al bloque normativo unitario previsto por el Estado. En cuanto a la normativa autonómica dictada hasta esa fecha, será desplazada a la entrada en vigor del ahora Proyecto de RDRM, incurriendo en incompetencia sobrevenida aquellas disposiciones que contravinieran la legislación básica estatal. Así, a modo de ejemplo, el Proyecto prevé los requisitos mínimos y básicos que tienen que cumplir las recetas electrónicas para garantizar la validez y la interoperabilidad de los sistemas que operen en el territorio nacional, y a ello se tendrán que ceñir las comunidades autónomas.

II. LA RECETA MÉDICA.

A tenor de lo dispuesto en el vigente RD 1910/1984, la receta médica es «un documento normalizado por el cual el facultativo médico legalmente capacitado prescribe la medicación al pa-

¹⁰ «El Gobierno podrá regular con carácter básico lo dispuesto en los números anteriores y establecer la exigencia de otros requisitos que por afectar a la salud pública o al sistema sanitario hayan de ser de general aplicación en las recetas médicas u órdenes hospitalarias».

¹¹ «El Gobierno determinará con carácter básico los requisitos mínimos que han de cumplir las recetas médicas extendidas y/o editadas en soporte informático con el fin de asegurar la accesibilidad de todos los ciudadanos, en condiciones de igualdad efectiva en el conjunto del territorio español, a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud».

ciente para su dispensación por las farmacias»¹². Por su parte, la Ley 29/2006 en su artículo 77 define «la Receta Médica pública o privada y la orden hospitalaria de dispensación» como «[...] los documentos que aseguran la instauración de un tratamiento con medicamentos por instrucción de un médico, un odontólogo un podólogo». Al referirse a su contenido establece que «deberán contener los datos básicos de identificación del prescriptor, paciente y medicamentos». También incluirá «[...] las pertinentes advertencias para el farmacéutico y para el paciente, así como las instrucciones para un mejor seguimiento del tratamiento a través de los procedimientos de la atención farmacéutica, con el fin de garantizar la consecución de los objetivos sanitarios de aquéllas».

Por su parte, el Proyecto de RDRM define la receta médica en su artículo 1.1 como «[...] el documento normalizado mediante el cual los facultativos médicos u odontólogos legalmente capacitados, prescriben los medicamentos al paciente para su dispensación en las oficinas de farmacia o, conforme a lo previsto en la legislación vigente, en otros establecimientos sanitarios, unidades asistenciales o servicios farmacéuticos de estructuras de atención primaria, debidamente autorizados para la dispensación de medicamentos».

Como objeciones a la definición del Proyecto, nos referiremos a que no ha considerado la modificación de la Ley 29/2006 por la 28/2009, de 30 de diciembre, de modificación de la anterior¹³, que introduce cambios sustanciales en lo que se refiere a los profesionales facultados para prescribir¹⁴.

¹² Artículo 1.

¹³ BOE núm. 315, de 31.12.2009.

¹⁴ Artículo 77.1 de la Ley 29/2006: «La receta médica, pública o privada, y la orden de dispensación hospitalaria son los documentos que aseguran la instauración de un tratamiento con medicamentos por instrucción de un médico, un odontólogo o un podólogo, en el ámbito de sus competencias respectivas, únicos profesionales con facultad para recetar medicamentos sujetos a prescripción médica.

Sin perjuicio de lo anterior, los enfermeros, de forma autónoma, podrán indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica y los productos sanitarios, mediante la correspondiente orden de dispensación.

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, acorda-

También obvia la definición propuesta por el Proyecto el hecho de que a tenor de lo dispuesto por la Ley 29/2006, la receta debe ser el documento formalizado para la prescripción no sólo de medicamentos, sino también de productos sanitarios, ya que si bien la mayoría de éstos se dispensan sin receta, dentro de la sanidad pública, por su financiación a través del Sistema Nacional de Salud, las prescripciones de los productos sanitarios se realizan mediante los mismos documentos utilizados para prescribir un medicamento¹⁵.

En relación a la misma y en el punto 2 de su artículo 1 puntualiza que «[...] pueden emitirse en formato papel, mediante prescripción manual o informática, y en formato electrónico [...]».

En cuanto a la receta médica en papel, el Proyecto de RDRM establece un único modelo con independencia de la financiación o no por el Sistema Nacional de Salud y su prescripción en la sanidad pública o privada¹⁶. El modelo previsto faculta la dispensación única en el caso de medicamentos de dispensación no renovable, en cuyo caso el tratamiento no puede exceder de tres meses¹⁷, o en su caso, la dispensación sucesiva cuando se trata de tratamientos de crónicos o de medicamentos de dispensación renovable, en este caso para un tratamiento máximo de seis meses¹⁸. Para las distintas y sucesivas dispensaciones, en cada una de las recetas constará el número de orden y fecha a partir de la cual se permite la dispensación¹⁹.

dos con las organizaciones colegiales de médicos y enfermeros y validados por la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud.

El Ministerio de Sanidad y Política Social con la participación de las organizaciones colegiales, referidas anteriormente, acreditará con efectos en todo el Estado, a los enfermeros para las actuaciones previstas en este artículo».

¹⁵ Vid. Documento de alegaciones de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles frente al Proyecto de Real Decreto sobre receta médica y orden hospitalaria de dispensación, presentado el 27 de enero de 2010 ante la Secretaría Técnica del Ministerio de Sanidad y de Política Social.

Disponible en URL: <http://www.fefe.com/doc/Alegaciones-RECETA-MEDICA.pdf> [Con acceso el 1.9.2010].

¹⁶ En el Capítulo IV se establecen los requisitos comunes de las recetas médicas públicas y privadas.

¹⁷ Artículo 3.5.3.a.

¹⁸ Artículo 3.5.3.b.

¹⁹ Artículo 3.5.2.

a. La e-receta.

Con el término «receta electrónica» han sido descritos sistemas informáticos con diversas capacidades funcionales, así desde un editor que imprime un formulario del tipo receta cumplimentado por el prescriptor²⁰, o un sistema que mediante el fax o el correo electrónico envía el formulario o receta a una farmacia determinada estableciendo un intercambio de mensajes entre prescriptor y farmacéutico²¹, o sistemas que centralizan las prescripciones pudiendo acceder para la dispensación cualesquiera farmacias autorizadas²². En definitiva, la e-receta sería el registro informático, contenido en una base de datos, de la prescripción farmacológica hecha por el prescriptor²³. Esta prescripción puede ser consultada y descargada por el farmacéutico a solicitud del paciente/cliente, teniendo como resultado la dispensación del medicamento, previa anotación del acto farmacéutico. En definitiva, la e-receta es un sistema de información que faculta la automatización de los procesos de identificación, prescripción, control y dispensación de medicamentos, es decir, del ciclo clínico por un lado, además del proceso administrativo para la facturación de las recetas dispensadas, es decir, del ciclo administrativo²⁴, por el otro.

Entre sus muchas virtudes, la implantación generalizada de la e-receta supondrá un ahorro de trámites administrativos para el ciudadano y una mayor movilidad en el sistema sanitario público²⁵.

²⁰ Así se incorporó en las aplicaciones correspondientes a la historia clínica desde los años 80 en atención primaria.

²¹ De este modo funcionó en Suecia entre 1983 hasta 2006.

²² Así se ha producido en Dinamarca, Suecia y en España (en concreto, en Andalucía). En este último caso por aplicación del innovador sistema Receta XXI.

²³ En este sentido, CORDOBÉS, Antonio: «Receta electrónica (I). Proyecto Pista y repercusiones sobre la oficina de farmacia», *OFFARM*, vol. 21, núm. 8, septiembre 2002.

²⁴ POLO SANZ, Pilar; SÁNCHEZ VALDENEBO, José Ignacio *et al.*: «La gestión de un proyecto tecnológico en el SNS: el caso de la receta electrónica en Cantabria y Murcia», VIII Informe SEIS (Sociedad Española de Informática de la Salud), 2008.

Disponible en la URL: http://www.seis.es/documentos/informes/8_informe_seis_completo.pdf [Con acceso el 1.9.2010].

²⁵ A nivel europeo, en 2008 se inició el desarrollo del proyecto epSOS (European patient smart open services) con el objetivo de profundizar en la práctica de eHealth y dotar de la necesaria infraestructura tecnológica para el acceso seguro a la información del paciente, en particular a un resumen de su historia de salud, así como a la interoperabilidad de la pres-

Al profesional le facilitará la prescripción de medicamentos, especialmente de los pacientes crónicos, ya que posibilitará la prescripción de los medicamentos en un solo acto según la pauta y la duración del tratamiento. Permitirá el uso de las nuevas tecnologías tanto para la prescripción como para la dispensación y para la facturación, desapareciendo con ello el soporte papel, y se dispondrá de información simultánea de la prestación farmacéutica. La utilización de la e-receta promoverá el consumo racional de medicamentos, según las necesidades del paciente, y evitará el almacenamiento innecesario. Permitirá al profesional dedicar más tiempo a sus pacientes en la consulta y en lo que atañe a la administración, la ventajosa movilidad de los ciudadanos dentro del territorio nacional y la disponibilidad de información actualizada sobre consumo y gasto farmacéutico. Este modelo de receta permite la multiprescripción por el médico de distintos medicamentos con una duración del tratamiento de un máximo de doce meses²⁶. También posibilita el visado electrónico de aquéllos medicamentos y productos sanitarios que lo requieran. Otra de las posibilidades que se abre con la implantación de la e-receta es la operatividad de ésta en el caso de pacientes desplazados, actuando el Ministerio de Sanidad y Política Social como nodo de intercomunicación de datos entre las CCAA, por lo que el paciente podrá retirar sus medicamentos en cualquier oficina de farmacia del territorio español

Entre tantas virtudes, no podemos dejar de referirnos a lo que consideramos el potencial pero grave peligro de la e-receta, cuya causa la encontramos en la intensificación del flujo de información personal, y como consecuencia la amenaza a la intimidad del individuo. Por este motivo, el tratamiento de los datos de carácter personal en el seno de la e-receta deberá garantizar en todo caso el cumplimiento de la normativa de protección de datos de carácter personal. Vamos a abordar, por ello, en lo sucesivo, cuáles son los retos que la

cripción electrónica entre los distintos sistemas de salud europeos. En el proyecto participan 12 países de la UE y 27 participantes. En el concreto caso de España, ésta participa mediante el Ministerio de Sanidad, Andalucía, Castilla la Mancha y Cataluña.

Disponible en la URL: <http://www.epSos.eu/> [Con acceso el 1.9.2010].

²⁶ Artículo 6.3.

nueva regulación de la e-receta planteará a la confidencialidad del individuo.

b. Los datos personales y la e-receta.

En relación al Proyecto de RDRM y a la protección de datos, el artículo 19 de la norma que pretende regular la e-receta sujeta el desarrollo de la misma a la Ley Orgánica de Protección de Datos²⁷ y a las disposiciones que la desarrollan, como garantía de «la confidencialidad de la asistencia médica y farmacéutica y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos». En particular, será necesario inscribir el fichero que contenga los datos necesarios para el desenvolvimiento de la e-receta. También se deberá proporcionar la información prevista en el artículo 5 de la LOPD²⁸ con carácter previo a la recogida de los datos de los sujetos que

²⁷ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 298, de 14.12.1999). En adelante, LOPD.

²⁸ «1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.

b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.

c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.

d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de trámite, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento.

2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.

3. No será necesaria la información a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban.

4. Cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del apartado 1 del presente artículo. [...]».

intervienen en la e-receta como los prescriptores, los dispensadores y los pacientes. Consideramos que cuando la Ley 29/2006 en su artículo 77.8 hace referencia a que no será necesario el consentimiento del interesado para el tratamiento y la cesión de datos que sean consecuencia de la implantación de un sistema de e-receta²⁹, y en la misma línea se pronuncia el artículo 19.3 del Proyecto de RDRM, no se está dando carta blanca para el tratamiento y la cesión de cualquier información, sino únicamente la de aquella que sea necesaria en virtud de la normativa reguladora de la e-receta. Así, a renglón seguido, se determina en el Proyecto de RDRM la finalidad para la cual se exige de la obligación de recabar el consentimiento que no es otra sino que «[...] facilitar la asistencia médica y farmacéutica al paciente y permitir el control de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud y de los distintos regímenes especiales de la Asistencia Sanitaria Pública». En cuanto a la seguridad de los datos que se manejan para la operatividad de la e-receta, el acceso a la prestación farmacéutica lo es a los datos personales de salud puesto que a través de la misma se deduce inequívocamente información personal de salud de la persona a la que se le ha realizado la prescripción del medicamento. Por ello, el manejo de estos datos requiere la aplicación de un nivel de seguridad alto³⁰. Por último, se tendrán que arbitrar mecanismos que permitan a los afectados por el tratamiento de los datos ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición a los que les faculta la LOPD como vía de aseguramiento de la disposición de los propios datos personales³¹.

²⁹ «[...] No será necesario el consentimiento del interesado para el tratamiento y la cesión de datos que sean consecuencia de la implantación de sistemas de información basados en receta médica en soporte papel o electrónico, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7, apartados 3 y 6 ; 8 ; y 11, apartado 2.a) , de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre , de Protección de Datos de Carácter Personal. Las citadas actuaciones deberán tener por finalidad facilitar la asistencia médica y farmacéutica al paciente y permitir el control de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud».

³⁰ Será necesario implantar las medidas de seguridad recogidas en los artículos 89 a 104 del RDLOPD. Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de 1999, de protección de datos de carácter personal (BOE núm. 17, de 19.1.2008). En adelante RDLOPD.

³¹ Artículos 15 a 17 de la LOPD y artículos 23 a 36 del RDLOPD.

Nos detendremos, a continuación, en las cuestiones, en particular, que la receta médica ha suscitado en relación a la protección de datos de carácter personal y la proyección de éstas a las particularidades de la e-receta. También procederemos a plantear otras nuevas, que puedan surgir fruto de la novedosa implantación de la misma.

Son varios los aspectos que merecen ser abordados. Nos centraremos, en este punto, en los interrogantes que nos plantea la e-receta en sí misma considerada, es decir, como documento normalizado, para posteriormente plantear las dudas que nos suscita la misma a lo largo del circuito prescripción-dispensación-facturación, para lo cual nos referiremos a los intervinientes en la operativa de la e-receta.

Para el cumplimiento de la normativa de protección de datos de carácter personal los parámetros técnicos de la e-receta tendrán que garantizar el origen de los datos, la autenticidad de los mismos, la integridad y su no modificación durante la transmisión, el acceso autorizado, que la actividad generada quede registrada y se logre su trazabilidad³². Para ello deberán establecerse certificados electrónicos y establecer un sistema de firma digital que garantice que los datos fluyen cifrados, con un protocolo de comunicación que cumpla los estándares de seguridad³³. También será necesaria la creación de perfiles de usuarios a los efectos de que sólo puedan acceder a la información los profesionales a los que el paciente permita³⁴. También será necesario establecer un registro de accesos que proporcione información sobre qué personas han intentado acceder a los datos, a cuáles de éstos en concreto, a qué hora, desde qué lugar y con qué fin³⁵.

Es fundamental para la implantación de la e-receta la garantía en origen y en destino de los usuarios de la información, es decir, a modo de ejemplo, del médico y del farmacéutico, así como de cualquier otro agente habilitado para acceder a la información, como el personal con funciones de inspección, o los colegios profesionales. Del mismo modo, es fundamental garantizar la integridad del contenido de la receta. Para ello, el sistema

apropiado es la utilización de la firma electrónica detentadora de los estándares de integridad y autenticidad exigidos por la Ley 59/2003³⁶, que incorporen certificados que garanticen tanto la identidad, existencia y subsistencia de la habilitación del usuario como el contenido de los registros grabados en los procedimientos de prescripción y dispensación de la e-receta.

En cuanto a los datos comunes de las recetas, el Proyecto establece en su artículo 10 que la receta constará de dos partes. Por un lado, el cuerpo de la misma, que va destinado al farmacéutico, y por otro lado, la hoja de información dirigida al paciente donde el prescriptor podrá relacionar los medicamentos prescritos en la misma fecha con el objeto de facilitar al paciente la información sobre el tratamiento completo³⁷. Ni que decir tiene que el

³⁶ Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE núm. 304, de 20.12.2003).

³⁷ Los datos básicos de consignación obligatoria imprescindibles para la validez de la receta médica, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.1 del Proyecto son los siguientes:

«[...] Datos del paciente:

1. El nombre, dos apellidos, y año de nacimiento.

2. En las recetas médicas de la asistencia sanitaria pública, el Código de identificación personal del paciente, de su tarjeta sanitaria individual, asignado por su Servicio de Salud o por las Administraciones competentes de los Regímenes especiales de asistencia sanitaria, y para ciudadanos extranjeros el asignado en la Tarjeta Sanitaria Europea o el número del pasaporte para ciudadanos extranjeros no comunitarios, así como el régimen de pertenencia del paciente.

3. En las recetas médicas de la asistencia sanitaria privada, el número de DNI del paciente o en su caso del tutor, o en el caso de ciudadanos extranjeros el número de pasaporte.

b) Datos del medicamento:

1º. Denominación del principio/s activo/s o denominación del medicamento.

2º. Dosificación y forma farmacéutica, y cuando proceda, la mención de los destinatarios: lactantes, niños, adultos.

3º. Vía o forma de administración, en caso necesario.

4º. Formato: número de unidades por envase o contenido del mismo en peso o volumen.

5º. Número de envases.

6º. Posología: número de unidades de administración por toma, frecuencia de las tomas (por día, semana, mes) y duración total del tratamiento.

7º. Cadencia del tratamiento: intervalo en días entre las dispensaciones, en su caso.

8º. Visado, en su caso.

c) Datos del prescriptor:

1º. El nombre y dos apellidos.

2º. La población y dirección donde ejerza. La referencia a establecimientos instituciones u organismos públicos solamente podrá figurar en las recetas médicas oficiales de los mismos.

³² Artículo 103 RDLOPD.

³³ Artículo 104 RDLOPD.

³⁴ Artículos 91, 98 y 103 RDLOPD.

³⁵ Artículo 103 RDLOPD.

tratamiento del amplio elenco de datos personales necesarios para la válida prescripción estará legitimado por la previsión legal de dicho tratamiento a tenor de lo dispuesto por el artículo 7.3 de la LOPD³⁸ y en concreto, en lo que a la regulación de la e-receta se refiere, por el artículo 19.3 del Proyecto de RDRM³⁹.

En lo relativo a la información relacionada con el tratamiento de datos personales que debe constar en la receta, el propio Proyecto de RDRM prevé entre los datos comunes de la receta, en concreto en su artículo 10.1, la inclusión de «[...] una cláusula que informe al paciente acerca del tratamiento

Número de colegiado o en el caso de recetas médicas del SNS el código de identificación asignado por las Administraciones competentes y, en su caso, la especialidad oficialmente acreditada que ejerza.

En las recetas médicas de la Red Sanitaria Militar de las Fuerzas Armadas, en lugar del número de colegiado podrá consignarse el número de Tarjeta Militar de Identidad del facultativo. Asimismo se hará constar, en su caso, la especialidad oficialmente acreditada que ejerza.

4º. La fecha de prescripción (día, mes, año): fecha del día en el que se extiende la receta.

5º. La fecha prevista de dispensación (día, mes, año): fecha a partir de la cual corresponde dispensar la receta.

6º. Nº de orden: número que indica el orden de dispensación de la receta, en el caso de dispensaciones sucesivas de tratamientos crónicos o medicamentos de dispensación renovable.

7º. La firma y rúbrica serán estampadas personalmente una vez completados los datos de consignación obligatoria y la prescripción objeto de la receta. En las recetas electrónicas se requerirá la firma electrónica.

Además de los datos señalados en los puntos anteriores, en las recetas médicas se incluirá una cláusula que informe al paciente acerca del tratamiento de sus datos por el prescriptor, las oficinas de farmacia, los colegios y consejos autonómicos y general de farmacéuticos y las Administraciones sanitarias autonómica y estatal».

³⁸ «Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente».

³⁹ «No será necesario el consentimiento del interesado para el tratamiento y la cesión de datos que sean consecuencia de la implantación de sistemas de información basados en receta médica en soporte papel o electrónico, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7, apartados 3 y 6; 8; y 11, apartado 2.a), de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal. Las citadas actuaciones deberán tener por finalidad facilitar la asistencia médica y farmacéutica al paciente y permitir el control de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud y de los distintos regímenes especiales de la Asistencia Sanitaria Pública».

de sus datos por el prescriptor, las oficinas de farmacia, los colegios y consejos autonómicos y general de farmacéuticos y las Administraciones sanitarias autonómica y estatal». Por lo tanto, será adecuado introducir en esta cláusula la información propugnada por el artículo 5 de la LOPD a la que ya nos hemos referido anteriormente.

En relación a la conservación de las recetas médicas y de las órdenes hospitalarias de dispensación, así como a los trámites, en especial en lo relativo a su tratamiento informático y a su proceso electrónico, el artículo 19 del Proyecto de RDRM establece la adecuación a la normativa vigente en protección de datos de carácter personal y la garantía de la «confidencialidad de la asistencia médica y farmacéutica y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos»⁴⁰.

c. Funcionamiento de la e-receta. Especial mención a la Tarjeta Sanitaria Individual (TSI).

Si bien, el funcionamiento y las aplicaciones de la e-receta varían en cada comunidad autónoma⁴¹, en líneas generales, podríamos apreciar algunas características comunes en su utilización que nos ayudarán a comprender el proceso y en especial, el flujo de información que se produce.

Previamente al acto de prescripción, el paciente se identifica con su TSI. Por otro lado, el médico se identifica y se acredita electrónicamente. A continuación, se realiza la prescripción con base en el Nomenclátor⁴² y se carga en la historia clínica

⁴⁰ «1. Tanto la conservación de las recetas médicas y órdenes hospitalarias de dispensación, en papel como electrónicas, deberá adecuarse a la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

2. En los trámites a que sean sometidas las recetas médicas y órdenes hospitalarias de dispensación, y especialmente en su tratamiento informático así como en su proceso electrónico, deberá quedar garantizada, conforme previene la normativa específica de aplicación, la confidencialidad de la asistencia médica y farmacéutica y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos».

⁴¹ La mayor parte de las Comunidades Autónomas en la actualidad utilizan la TSI, pero su utilización y su funcionalidad es muy distinta, en gran parte por su dependencia de la infraestructura de cada sistema sanitario en particular.

⁴² El Nomenclátor Oficial de Productos Farmacéuticos se recibe mensualmente del Ministerio de Sanidad, y contiene el código y la denominación de todas las presentaciones de medicamentos y productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud. El nomenclátor

electrónica del paciente. A continuación, se genera la receta en formato electrónico y se valida la firma electrónica del médico, almacenándose todo ello en una base de datos de prescripción. Dicha prescripción genera un crédito en un servidor central. El acceso por el farmacéutico al sistema de e-receta, para retirar por parte del paciente/cliente los medicamentos que le han sido prescritos, se efectuará a petición del mismo, mediante la identificación por medio de la TSI. También el farmacéutico que acceda al sistema deberá ser identificado a los efectos de dejar los rastros que haya conllevado el acceso y la modificación de los datos realizada, así como las entradas de los mismos. Con el consentimiento del interesado, mediante la lectura de su tarjeta sanitaria accede al crédito ya referido, lo cual permite la dispensación del medicamento así como una cantidad determinada para un periodo de tiempo prefijado para los tratamientos crónicos. El farmacéutico accederá a las prescripciones existentes y dispensará el medicamento que corresponda. Posteriormente se comprueba la coincidencia del tratamiento prescrito con el dispensado mediante lectura óptica, se le entrega al paciente/cliente y se produce la firma digital por parte del farmacéutico. Finalmente, se almacena en el servidor central y se plasma en la historia farmacoterapéutica⁴³ anotando aquella información pertinente a los efectos de control y facturación que legalmente proceda.

Una de las herramientas fundamentales para la operatividad de la e-receta es la TSI. La previsión de la tarjeta sanitaria la encontramos en el artículo 57 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud⁴⁴, que en este punto ha sido

es una de las bases de datos claves necesarias para el correcto funcionamiento del sistema de la e-receta. Se utiliza en el sistema de prescripción y en el módulo de dispensación.

⁴³ MARTÍN SOBRINO, Nieves, «La facturación de las oficinas de farmacia al sistema nacional de salud, por las recetas oficiales dispensadas». En: CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE, Javier (coordinador). *La gestión del medicamento en los Servicios de Salud*, VIII Informes SEIS (Sociedad Española de Informática de la Salud), 2008.

Disponible en la URL: http://www.seis.es/documentos/informes/8_informe_seis_completo.pdf [Con acceso el 1.9.2010].

⁴⁴ «1. El acceso de los ciudadanos a las prestaciones de la atención sanitaria que proporciona el Sistema Nacional de Salud se facilitará a través de la tarjeta sanitaria individual, como documento administrativo que acredita determinados datos de su titular, a los que se refiere el apartado siguiente. La tarjeta sanitaria individual atenderá a los criterios establecidos con carácter general en la Unión Europea.

desarrollada por el Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la TSI⁴⁵, en concreto la normalización de la misma nos viene dada en el artículo 3⁴⁶ de dicha norma. De modo que cada

2. Sin perjuicio de su gestión en el ámbito territorial respectivo por cada Comunidad Autónoma y de la gestión unitaria que corresponda a otras Administraciones públicas en razón de determinados colectivos, las tarjetas incluirán, de manera normalizada, los datos básicos de identificación del titular de la tarjeta, del derecho que le asiste en relación con la prestación farmacéutica y del servicio de salud o entidad responsable de la asistencia sanitaria. Los dispositivos que las tarjetas incorporen para almacenar la información básica y las aplicaciones que la traten deberán permitir que la lectura y comprobación de los datos sea técnicamente posible en todo el territorio del Estado y para todas las Administraciones públicas. Para ello, el Ministerio de Sanidad y Consumo, en colaboración con las Comunidades Autónomas y demás Administraciones públicas competentes, establecerá los requisitos y los estándares necesarios.

3. Con el objetivo de poder generar el código de identificación personal único, el Ministerio de Sanidad y Consumo desarrollará una base de datos que recoja la información básica de asegurados del Sistema Nacional de Salud, de tal manera que los servicios de salud dispongan de un servicio de intercambio de información sobre la población protegida, mantenido y actualizado por los propios integrantes del sistema. Este servicio de intercambio permitirá la depuración de titulares de tarjetas.

4. Conforme se vaya disponiendo de sistemas electrónicos de tratamiento de la información clínica, la tarjeta sanitaria individual deberá posibilitar el acceso a aquella de los profesionales debidamente autorizados, con la finalidad de colaborar a la mejora de la calidad y continuidad asistenciales.

5. Las tarjetas sanitarias individuales deberán adaptarse, en su caso, a la normalización que pueda establecerse para el conjunto de las Administraciones públicas y en el seno de la Unión Europea». Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (BOE núm. 128, de 29.5.2003).

⁴⁵ Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, que regula la tarjeta sanitaria individual (BOE núm. 37, de 12.2.2004).

⁴⁶ «1. Con objeto de disponer de datos normalizados de cada persona, en su condición de usuario del Sistema Nacional de Salud, independientemente del título por el que accede al derecho a la asistencia sanitaria y de la Administración sanitaria emisora, todas las tarjetas sanitarias incorporarán una serie de datos básicos comunes y estarán vinculadas a un código de identificación personal único para cada ciudadano en el Sistema Nacional de Salud.

2. Sin perjuicio de la información que la ley autorice a incorporar a cada Administración competente, la tarjeta sanitaria individual contendrá, de manera normalizada y de forma visible, los siguientes datos:

- a) Administración sanitaria emisora de la tarjeta.
- b) Apellidos y nombre del titular de la tarjeta.
- c) Código de identificación personal asignado por la Administración sanitaria que emite la tarjeta.
- d) Modalidad de la prestación farmacéutica.

Comunidad Autónoma incluirá, al margen de la específica regulación autonómica, la información básica del titular de la tarjeta, el derecho que le asiste en relación con la prestación farmacéutica y el servicio de salud responsable de la asistencia sanitaria.

En definitiva, el objetivo de la tarjeta es la acreditación de los datos que contiene y el establecimiento de los dispositivos que permitan que dicha información sea accesible en todo el territorio del Estado para la Administración Pública, si bien, la gestión de la misma corresponderá a la Comunidad Autónoma⁴⁷. En esta línea el Real Decreto

e) Leyenda que informa de su validez en todo el Sistema Nacional de Salud: «Esta tarjeta le permite el acceso a los servicios de todo el Sistema Nacional de Salud».

3. El Ministerio de Sanidad y Consumo, de acuerdo con las Comunidades Autónomas y demás Administraciones públicas competentes, establecerá los requisitos y los estándares necesarios sobre los dispositivos que las tarjetas incorporen para almacenar la información básica, y las aplicaciones que las traten deberán permitir que la lectura y comprobación de los datos sea técnicamente posible en todo el territorio del Estado».

⁴⁷ Andalucía: Resolución de 22 de octubre de 2004, sobre contenido básico y forma de cumplimentación de la tarjeta de implantación en los Centros Sanitarios del Servicio Andaluz de Salud. Aragón: Orden de 29 de marzo de 2010, que regula la estructura funcional de las Unidades que Gestionan la Tramitación y la emisión de tarjeta sanitaria individual en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón. Canarias: Decreto 56/2007, de 13 de marzo que regula la tarjeta sanitaria canaria, el documento sanitario de inclusión temporal y el acceso a las prestaciones públicas de asistencia sanitaria y farmacéutica; Resolución de 2 de febrero de 2010, que delega el ejercicio de la competencia en materia de tramitación del procedimiento para la expedición de la tarjeta sanitaria y del documento de inclusión temporal. Cantabria: Resolución de 29 de marzo de 2005, que fija el número óptimo de tarjetas individuales sanitarias correspondiente a las Zonas Básicas de Salud de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Castilla la Mancha: Orden de 2 de noviembre de 2006, de creación del fichero de tarjeta sanitaria individual dependiente del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. Cataluña: Decreto 90/1990, de 3 de abril, de creación de la tarjeta sanitaria individual; Decreto 288/1999, de 26 de octubre, que regula el uso de la Tarjeta Sanitaria Individual a efectos del acceso a la prestación farmacéutica y modifica el fichero con datos de carácter personal denominado «farmacia»; que crea el fichero automatizado de datos de carácter personal denominado sistema de tarjeta sanitaria; Orden SLT/46/2007, de 5 de marzo, que regula el contenido y el modelo de la tarjeta sanitaria individual en Cataluña. Comunidad Foral de Navarra: Orden foral de 31 de octubre de 1991, que regula la tarjeta individual sanitaria. Comunidad Valenciana: Orden de 13 de octubre de 1986, por la que se aprueban las normas para elaboración de la tarjeta sanitaria individual como documento acreditativo del derecho de asistencia sanitaria; Orden de 6 de marzo de 1991, de ins-

trucciones para entrega de tarjeta de asistencia sanitaria de recién nacidos. Extremadura: Decreto 31/2004, de 23 de marzo, que regula la protección sanitaria a los extranjeros en la Comunidad Autónoma de Extremadura y crea la Tarjeta para la Atención Sanitaria en el Sistema Sanitario Público de Extremadura; Orden de 29 de septiembre de 2004, que regula el procedimiento de obtención de la Tarjeta Sanitaria en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Orden de 25 de abril de 2007, que modifica la Orden de 29-9-2004, que regula el procedimiento de obtención de la tarjeta sanitaria en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Decreto 9/2008, de 25 de enero, que regula la Tarjeta Sanitaria Individual, el Código de Identificación Personal Autonómico y el Sistema de Información Sanitaria «Gestión Poblacional y de Recursos Sanitarios de Extremadura CIVITAS» en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Decreto 99/2010, de 9 de abril, que modifica el Decreto 9/2008, de 25-1-2008, por el que se regula la Tarjeta Sanitaria Individual, el Código de Identificación Personal Autonómico y el Sistema de Información Sanitaria «Gestión Poblacional y de Recursos Sanitarios de Extremadura CIVITAS» en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Galicia: Decreto 177/1995, de 16 de junio, que regula la tarjeta sanitaria; Decreto 370/2003, de 2 de octubre, de uso de la tarjeta sanitaria para el acceso a la prestación farmacéutica; Decreto 429/2009, de 3 de diciembre, que modifica el Decreto 177/1995, de 16 de junio, que regula la tarjeta sanitaria; Orden de 12 de julio de 1995, que desarrolla el Decreto de 16 de junio de 1995 que regula la tarjeta sanitaria; Orden de 4 de diciembre de 1995, que crea el fichero automatizado de datos de carácter personal denominado sistema de tarjeta sanitaria; Orden de 18 de diciembre de 2009, que regula el procedimiento de expedición de la tarjeta sanitaria para los gallegos y gallegas, residentes en el exterior, durante su estancia temporal en Galicia. Madrid: Orden 1285/2006, de 22 de junio, que regula la tarjeta sanitaria individual en el ámbito de la Comunidad de Madrid; Orden 4062/2007, de 28 de diciembre, que suprime un fichero de datos de carácter personal de la Dirección General de Atención al Paciente y Relaciones Institucionales, denominado «Tarjeta Individual Sanitaria», que se integra en el de nueva creación «Sistema de información poblacional de tarjeta sanitaria individual»; Resolución 41/2010, de 22 de enero, que habilita al Registro Telemático de la Consejería de Sanidad para la realización de trámites telemáticos durante la tramitación del expediente del procedimiento denominado «Solicitud de tarjeta sanitaria». Murcia: Decreto 92/2005, de 22 de julio, que regula la tarjeta sanitaria individual y su régimen de uso en la Región de Murcia; Decreto 26/2009, de 27 de febrero, que modifica el Decreto 92/2005, de 22-7-2005, que regula la tarjeta sanitaria individual y su régimen de uso en la Región de Murcia. País Vasco: Resolución de 5 de abril de 2001, que determina la implantación de la nueva arquitectura de la Tarjeta Individual Sanitaria como documento acreditador del derecho a las prestaciones sanitarias públicas garantizadas por el sistema sanitario de Euskadi; Resolución de 11 de julio de 2001, que aprueba la aplicación T.S.E (Proyecto Tarjeta Sanitaria Electrónica); Resolución de 20 de julio de 2001, que delega al Director de Financiación y Contratación Sanitaria del Departamento de Sanidad la tramitación y resolución de los procedimientos incluidos en la aplicación TSE (proyecto tarjeta sanitaria electrónica) aprobada por Orden de 11-7-2001

183/2004 asigna la competencia en la emisión de la tarjeta a las administraciones autonómicas sanitarias. Tras su emisión, la tarjeta será operativa en el Sistema Nacional de Salud y permitirá el acceso a los centros y servicios⁴⁸.

La tarjeta sanitaria, según lo dicho, es el instrumento que garantiza la identidad del ciudadano frente al Sistema Nacional de Salud. Identificar a un individuo por su nombre y fecha de nacimiento no es posible si entendemos por identificación la asociación unívoca, ya que en los sistemas basados en estos datos existe una gran probabilidad de coincidencias que pueden ser incluso múltiples. El número de historia clínica utilizado en el centro sanitario identifica la historia clínica de un individuo, pero adolece del inconveniente de que no posibilita la integración de la información con otros centros, ya que a tenor de lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley 41/2002 lo exigible es la historia clínica única pero «en el ámbito de cada centro»⁴⁹, por ello también el número que asigna una concreta historia clínica a un también determinado individuo es un instrumento válido aunque únicamente dentro de ese concreto centro sanitario. El número de DNI tampoco es válido, ya que dejaría al margen a gran parte de la población, puesto que sólo es exigible a partir de los 14 años y los ciudadanos extranjeros no disponen del mismo. El número asignado por la Seguridad Social también tiene el problema de la parcial cobertura de la población, puesto que sólo disponen del mismo los afiliados o los que lo estuvieran en su momento. Por otro lado, es un número que al ser compartido con los beneficiarios, tampoco es individual para cada persona.

Así las cosas, la TSI nació con el objeto de superar estas dificultades. Sin embargo, pese a la

(LPV 2001\352), del Consejero de Sanidad; Resolución de 22 de noviembre de 2007, que Aprueba el nuevo modelo de Tarjeta Individual Sanitaria como documento acreditativo del derecho a las prestaciones sanitarias públicas garantizadas por el sistema sanitario de Euskadi.

⁴⁸ En relación a los servicios sanitarios, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE núm. 222, de 16.9.2006).

⁴⁹ «La historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro».

loable intención, en sus inicios se adoptó un sistema de identificación mediante algoritmo combinando los apellidos, fecha de nacimiento y sexo. Los problemas señalados se reprodujeron, puesto que estos datos no son inmutables. Así el sistema resultaba fallido en aquellos casos de errores en el alta, o de cambio de apellidos, o de sexo, etc... Más adecuado, por el contrario, es la generación de un número secuencial a semejanza del documento nacional de identidad⁵⁰.

Con la consecución de la interoperabilidad de la misma en cualquier punto del territorio nacional se convertirá en la llave para acceder a la información clínica de cada paciente para su atención con independencia de su situación geográfica. Así, el advenimiento de la tarjeta sanitaria electrónica permitirá la operatividad de transacciones seguras y confidenciales mediante la utilización de la firma electrónica que llevará incorporada en su chip. Cada una de las Comunidades Autónomas dispone de una base de datos de TSI que engloba a los ciudadanos de su ámbito. A su vez, el Sistema Nacional de Salud, también tiene una base de datos común de TSI, a través de la cual se asigna un código de identificación personal que es único y permanente para el Sistema Nacional de Salud con el propósito de acceder e intercambiar información clínica.

Previo al sistema de tarjeta electrónica mediante chip, el método imperante es el almacenamiento de datos predispensación en una base de datos a la que se incorpora la información identificativa del paciente/cliente, el fármaco que pretende obtener y el prescriptor. Ello significa una merma del derecho a la intimidad, puesto que si queremos hacer operativa la libertad de elección del paciente/cliente, podrá accederse a esta base de datos desde cualquier punto del territorio español mostrándose todos los tratamientos disponibles para que pueda retirar el medicamento, y con ello, a consecuencia de la asociación de muchos tratamientos con el diagnóstico de la patología subyacente quedaría al descubierto el historial de salud del individuo, con el riesgo estigmatizante que ello supone.

⁵⁰ CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE, Javier; VÁZQUEZ LÓPEZ, José Manuel, «La identificación, un requisito previo a la historia de salud electrónica», V Informe SEIS (Sociedad Española de Informática de la Salud), 2003.

Disponible en la URL: http://www.seis.es/documentos/informes/adjunto1/CAPITULO4_0.pdf [Con acceso el 1.9.2010].

Por el contrario, la tarjeta sanitaria a la que se incorpora un chip elimina la necesidad de crear bases de datos de almacenamiento de la información con carácter previo a la dispensación y únicamente en la medida en que sea necesario, cabe conformar una base de datos postdispensación que se limite a la medicación retirada, permaneciendo esta información al margen de cualesquiera bases de datos que contengan otra información con el objeto de facilitar a los servicios de Inspección de Farmacia la información que requieran con la finalidad exclusivamente inspectora. La transmisión de este tipo de información estaría legitimada en función de la previsión que establece el artículo 11.2.a al amparo de las facultades otorgadas por la legislación farmacéutica y a ello hace referencia igualmente el artículo 19.3 del Proyecto de RDRM⁵¹.

Respecto de la aplicación de la normativa sobre protección de datos a la información que alberga la tarjeta sanitaria, sin duda el almacenamiento de estos datos constituye un fichero de datos personales en los términos previstos por la LOPD puesto que se produce la identificación inequívoca del individuo al que pertenece. En relación con la observancia de las obligaciones derivadas de la protección de datos en lo que a la tarjeta sanitaria se refiere, en su día, el Director de la APD solicitó la apertura de actuaciones de inspección ante la Consejería de Sanidad y Consumo de Murcia, en atención a las informaciones publicadas en los medios de comunicación referentes a la aparición de tarjetas sanitarias en un contenedor⁵².

La Consejería alegó que «una serie de desafortunadas coincidencias y errores humanos ha causado los hechos reflejados en la prensa, que sólo se

pueden considerar fortuitos, a pesar de haberse establecido las medidas adecuadas para evitarlos». Si bien es cierto que el Servicio Murciano de Salud implantó medidas de seguridad en el tratamiento de las tarjetas sanitarias que garantizaban la confidencialidad de la información personal en todo momento⁵³ y el personal involucrado en su trata-

⁵³ Transcribimos las mismas por su interés: «[...] En el protocolo de las medidas de seguridad aplicables al tratamiento de la Tarjeta Sanitaria individual remitida a los Centros de Salud de la Región de Murcia se especifica la realización de determinadas medidas para tarjetas pendientes de destruir. Entre ellas se indican las siguientes:

8.1- Respecto a los Centros de Salud: Tarjetas pendientes de destruir:

“Son aquellas que no han sido recogidas por los ciudadanos, o que se retiren en las Unidades de Recepción por alguno de los motivos que causen nueva emisión. Los Centros de Salud las remitirán a su Gerencia de Área correspondiente para que ésta se encargue de la destrucción de las mismas.

Las tarjetas sanitarias pueden permanecer en este estado durante un plazo máximo de un mes, transcurrido el cual deberán ser enviadas mediante la valija interna del SMS a la Unidad de Tramitación de su Gerencia de Área.

En el caso de que el volumen de tarjetas acumuladas para destruir impida su adecuada custodia, se realizarán los envíos que sean necesarios a la Unidad de Tramitación, aunque no haya transcurrido el citado plazo de un mes”.

8.2- Respecto a las Unidades de Tramitación: Tarjetas pendientes de destruir:

“Las Unidades de Tramitación no destruyen directamente las tarjetas. Las Gerencias de Área formalizarán un contrato con una empresa que esté certificada según la Normativa Europea DIN 32757-1. Dicho contrato deberá cumplir con los preceptos del artículo 12 de la LOPD.

La empresa de destrucción de tarjetas sanitarias contratada para tal fin, se encargará de recoger el material a destruir con una periodicidad semanal, salvo que el volumen almacenado impida una custodia de forma segura y por lo tanto haya que adelantar la recogida por parte de la empresa”.

8.3- Respecto a la custodia, almacenaje y registro de Tarjetas Sanitarias:

“Los responsables de la custodia de las tarjetas serán el Coordinador de Centro de Salud y el Responsable de la Unidad de Tramitación, o en su caso, aquel personal que formalmente haya sido designado por los mismos.

Las tarjetas pendientes de entregar se almacenarán de forma claramente diferenciada de las tarjetas pendientes de destruir.

En los Centros de Salud o Consultorios que disponen de Unidad de Recepción, así como en las Unidades de Tramitación, las tarjetas deberán estar custodiadas, hasta su envío o recogida, según las medidas de seguridad de nivel básico aplicables a los ficheros y tratamientos no automatizados y que se recogen en la sección 1a del Capítulo IV del RD 1720/2007 que aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD. En concreto se garantizará:

- Almacenamiento en lugar cerrado y con acceso restringido Registro de entrada y salida de tarjetas

⁵¹ «No será necesario el consentimiento del interesado para el tratamiento y la cesión de datos que sean consecuencia de la implantación de sistemas de información basados en receta médica en soporte papel o electrónico, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7, apartados 3 y 6; 8; y 11, apartado 2.a), de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal. Las citadas actuaciones deberán tener por finalidad facilitar la asistencia médica y farmacéutica al paciente y permitir el control de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud y de los distintos regímenes especiales de la Asistencia Sanitaria Pública».

⁵² Procedimiento N° AP/00014/2009. Disponible en la URL: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/admon_publicas/ap_2009/Common/pdfs/AAPP-00014-2009_Resolucion-de-fecha-11-09-2009_Art-ii-culo-10-LOPD.pdf [Con acceso el 1.9.2010].

miento las conocía y gozaba de formación para ello, a consecuencia de unas obras de remodelación y de la confusión por éstas generada provocó que «una de las cajas de tarjetas pendientes de destruir acabara en el contenedor de la obra junto a otro material desechable».

La APD estima en este caso que la adopción de las medidas de seguridad específicas para el tratamiento de los datos de las tarjetas caducadas, junto al hecho de que las circunstancias se produjeron teniendo como telón de fondo la realización de unas obras de remodelación y a que la información extraviada sea la TSI, son circunstancias que justifican la no vulneración del artículo 9 de la LOPD. Sin embargo considera infringido el deber de se-

En caso de que sea posible, se procurará que la empresa encargada de la destrucción de las tarjetas facilite contenedores específicos para plásticos, que impidan el acceso a su contenido y que se ubicarán en las Unidades de Tramitación. Estos contenedores no deben permanecer al descubierto en el exterior de los edificios. Tampoco deben amontonarse en lugares de paso, ni en locales abiertos.

8.4- Respecto al transporte y destrucción de tarjetas:

8.4.1 TRANSPORTE

El transporte, en su caso, hasta el lugar donde va a llevarse a cabo la destrucción debe garantizar igualmente que, durante el traslado no se produzcan sustracciones, pérdidas ni filtraciones de información. Todas las operaciones de recogida, carga y descarga de los documentos o sus contenedores, así como la conducción de los vehículos que los transportan, deben ser realizadas por personal debidamente autorizado y fácilmente identificable.

Las tarjetas sanitarias tienen que llevarse al lugar donde esté prevista la destrucción, en vehículos cerrados que recorran el trayecto sin paradas ni interrupciones.

8.4.2 DESTRUCCIÓN

La destrucción debe ser inmediata y hacer imposible la reconstrucción de las tarjetas y la recuperación de cualquier información contenida en ellas. Las tarjetas no tienen que depositarse en contenedores, al descubierto ni en paquetes, cajas o legajos, junto con el resto de los desechos.

Se debe optar por procesos que faciliten el reciclado del material.

8.4.3. REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR LA EMPRESA ENCARGADA DE LA DESTRUCCIÓN

Además de la referida certificación, según DIN 32757, la empresa contratada debe comprometerse a:

- garantizar la destrucción de las tarjetas en sus instalaciones y con medios propios, sin subcontratos que conlleven el manejo de los documentos por parte de otras empresas sin conocimiento del SMS.
- permitir que, siempre que lo estime conveniente, un representante de la Gerencia de Área presencie la destrucción de las tarjetas y compruebe las condiciones en que se realiza y los resultados.
- certificar la destrucción de las tarjetas, dejando constancia del momento y de la forma de destrucción [...].

creto impuesto por el artículo 10 de la LOPD⁵⁴, lo que da lugar a la comisión de una infracción tipificada como leve en el artículo 44.2.e de la LOPD.

No podemos sino mostrar nuestro desacuerdo con la conclusión a la que llega la APD, al no dar por incumplido el deber de implantar las medidas de seguridad previstas por la normativa sobre protección de datos. Consideramos, en la línea de la argumentación sostenida por la AN en un supuesto similar⁵⁵, que no basta una aprobación formal de

⁵⁴ La APD se pronuncia en el sentido de que este deber «[...] afecta a todos los que participan en cualquier fase del tratamiento, por lo que resulta esencial implantar medidas de tipo organizativo que impidan la vulneración del mismo [...]». Del mismo modo, se hace eco en relación con el deber de secreto de las Resoluciones Judiciales citando la SAN de 5 de noviembre de 2003 (rec. 1565/2001) que establece que «[...] “El deber de secreto como hemos visto se encuentra regulado en el art. 10 de la LOPD 15/99 y no es sino manifestación de los principios de seguridad y confidencialidad del tratamiento, traducándose en una obligación del responsable del fichero de mantener la confidencialidad sobre los datos tratados, y en un deber de implantación de políticas organizativas que impidan que el personal al servicio del responsable del fichero infrinja dicho deber de confidencialidad. Se trata, en suma, de imponer de imponer una obligación de sigilo respecto de la información que se obtiene sobre las personas como consecuencia del manejo de datos” [...]». Por otro lado la SAN de 18 de enero de 2006 (rec. 178/2004) dispone que: «[...] “Deber (de secreto) que constituye una exigencia elemental y anterior al propio reconocimiento del derecho fundamental a la libertad informática a que se refiere la STC 292/2000, y por lo que ahora interesa, comporta que los datos tratados automatizadamente, como son los nombres, apellidos y NIF de las personas que han contratado una imposición a plazo fijo, no pueden ser conocidos por ninguna persona o entidad, pues en eso consiste precisamente el deber de secreto” [...]».

⁵⁵ «[...] El artículo 9.1 de la Ley Orgánica 15/99 determina que el responsable del fichero y, en su caso, el encargado del tratamiento “[...] deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativa necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural”. No basta, entonces, con la adopción de cualquier medida, pues deben ser las necesarias para garantizar aquellos objetivos que marca el precepto. Y, por su puesto, no basta con la aprobación formal de las 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 recogida y destrucción de documentos que contengan datos personales si luego no se exige a los empleados del banco la observancia de aquellas instrucciones. En el caso que nos ocupa ha quedado acreditado que la entidad bancaria ahora demandante no prestó la diligencia necesaria en orden a la efectiva observancia de aquellas medidas de seguridad, pues de otro modo no se explica que los documen-

las medidas a observar, sino que la implantación debe ser efectiva. Difícilmente podemos concluir en este supuesto que hubo una instauración de las medidas, ya que de una real instauración de las mismas no hubieran aparecido las tarjetas en el contenedor, al margen de las obras de remodelación, por lo que la APD debió haber apreciado la vulneración del artículo 9 de la LOPD.

III. INTERVINIENTES

a. *El prescriptor.*

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 6 del Proyecto de RDRM el prescriptor accede al sistema de receta médica electrónica por medio de su certificado electrónico y de la tarjeta sanitaria del paciente. El sistema generará la relación de medicamentos y productos sanitarios prescritos al paciente y deberá anotarse además de los datos comunes de las recetas médicas relacionados en el artículo 10 del Proyecto de RDRM, el código o número de identificación de la prescripción del medicamento o producto sanitario y la información de la relación activa de medicamentos que correspondan a los tratamientos en curso. El farmacéutico, a tenor de lo dispuesto en el artículo 15.6 del Proyecto de RDRM estará obligado a anotar en el libro recetario de la oficina de farmacia o en el soporte que lo sustituya las dispensaciones exigidas por la normativa a los efectos de control y una serie de datos entre los que se incluyen los personales del prescriptor y del paciente/cliente⁵⁶, conside-

tos en los que figuran datos de carácter personal apareciesen publicados en una revista de amplia difusión en la que se afirmaba que habían sido encontrados en la basura [...]». SAN, Contencioso-Administrativo, 7.2.2003 (JUR 2006\275713).

⁵⁶ «[...] En el libro recetario deberán consignarse los siguientes datos:

- a) Fecha de dispensación (día, mes año).
- b) Número de registro de receta, formado por el número consecutivo que le corresponda. La numeración se iniciará con el primer asiento de cada año.
- c) La prescripción facultativa transcrita conforme a lo dispuesto en el párrafo siguiente.
- d) Número de envases.
- e) Nombre y apellidos del médico que prescribe, y número de colegiado, o código de identificación, asignado por su Servicio de Salud, en las recetas del Sistema Nacional de Salud, o número de Tarjeta Militar de Identidad en el caso de recetas de la Red Sanitaria Militar de las Fuerzas Armada y, en su caso, la especialidad oficialmente acreditada que ejerza.
- f) Código de identificación del paciente asignado por su Servicio de Salud en las recetas del Sistema Nacional de Sa-

rando que en la dispensación electrónica deberá adaptarse dicho almacenamiento a las particularidades que sean inherentes a su tecnología⁵⁷.

Como novedad del Proyecto de RDRM y en atención a la línea impuesta por la Ley 41/2002⁵⁸ en favor de la autonomía de la voluntad y del derecho del paciente a ser informado, se intensifica la información a facilitar al paciente en referencia al tratamiento prescrito, lo cual redundará en un uso adecuado y racional del medicamento. Así junto a las recetas médicas y órdenes hospitalarias de dispensación se le facilitará un documento de información en el que constará a iniciativa del médico la relación de los medicamentos recetados en una concreta fecha, así como la información sobre el completo tratamiento⁵⁹.

También la proyectada regulación de la e-receta, en favor de la autodeterminación, de la libre disponibilidad y de garantizar la intimidad de los datos del paciente prevé en su artículo 6.5, la facultad de solicitar al prescriptor que mantenga la confidencialidad en la dispensación de algún tratamiento de modo que éste quedaría oculto en la dispensación de otros medicamentos o productos sanitarios. A nuestro modo de ver, esta disposición es difícilmente conciliable con la obligación de proporcionar una atención farmacoterapéutica integral por parte del farmacéutico dispensador. Nos referiremos al abordar la figura del dispensador a

lud, número del DNI en las recetas del ámbito privado, y para ciudadanos extranjeros el asignado en la Tarjeta Sanitaria Europea o el número del pasaporte para ciudadanos extranjeros no comunitarios.

g) Observaciones.

Los datos obligatorios de identificación de dispensación a consignar en el campo de prescripción serán los que se especifican a continuación:

h) Para fórmulas magistrales: requieren receta para su dispensación y se deberá transcribir literalmente toda la prescripción facultativa tal como se encuentra constatada en la receta, así como el número de registro de elaboración.

i) Para las presentaciones de medicamentos: se consignarán los datos que permitan su inequívoca identificación.

j) Para los preparados oficiales: en los que requieran receta, se consignará la denominación que aparece en el formulario de referencia, anotando el nombre o los datos mínimos para su identificación [...].

⁵⁷ Artículo 15.7 del Proyecto de RDRM.

⁵⁸ 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 15.11.2002).

⁵⁹ Artículo 6.6 Proyecto RDRM.

lo que a nuestro modo de ver resulta una incoherencia a la hora de conjugar la ocultación de parte del tratamiento y una atención farmacoterapéutica integral al paciente/cliente.

En relación al tratamiento de los datos en las recetas, ya no del paciente sino del prescriptor, cabe suponer que la implantación de la e-receta puede conllevar, si no se observan las adecuadas medidas de seguridad, un nicho de acopio de información sobre las tendencias de prescripción, lo cual puede ser utilizado con fines mercantilistas ajenos a la consecución del loable fin del uso racional del medicamento, además de atentar al derecho fundamental a la protección de datos personales propios del prescriptor. Merece, por lo tanto, detenernos en los pronunciamientos dados por las autoridades de control en los supuestos en los que esto ya se ha planteado, aun antes de la implantación generalizada de la e-receta.

Así, se le formuló una cuestión en su día a la Agencia Vasca de Protección de Datos acerca de si el consentimiento tácito de los médicos de familia era suficiente para recabar la información de las tendencias de sus prescripciones en cuanto a marcas comerciales se refiere. La obtención de los datos se proyectaba a través de encuestas en farmacias y centros médicos⁶⁰. Al respecto, la Agencia apeló al artículo 97.1 de la Ley 29/2006⁶¹ que sobre la regulación de la gestión de la información sobre recetas dispone que si bien la información

agregada que resulte del procesamiento de las recetas del sistema nacional de salud es de dominio público, hay que salvaguardar la confidencialidad de la asistencia sanitaria y de los datos comerciales de empresas individualizadas. Por su parte, el artículo 87 de la misma Ley⁶² se refiere a las garantías de trazabilidad de los medicamentos imponiendo la obligación de transmitir por parte de los laboratorios, almacenes mayoristas y oficinas de farmacia determinada información a las administraciones sanitarias para el adecuado abastecimiento del mercado y como garantía de la seguridad al ciudadano, estableciendo en su apartado 5 la adecuación a la LOPD⁶³.

La conclusión acertada a la que llega la Agencia Vasca es que ni las oficinas de farmacia ni los colegios de farmacéuticos, aunque participan en el

⁶⁰ Informe que emite la agencia vasca de protección de datos en relación a la consulta realizada por la subdirectora de atención primaria del servicio vasco de salud-osakidetza relativa a si el consentimiento tácito de los médicos de familia es suficiente para recabar información de las tendencias de sus prescripciones de marcas comerciales de los medicamentos, obtenida mediante encuestas en farmacias y centros médicos. CN06-034. Disponible en la URL: http://www.avpd.euskadi.net/s04-5249/es/contenidos/informe_estudio/dictamenes/es_dic

[ta/adjuntos/cn06_034.pdf](http://www.avpd.euskadi.net/s04-5249/es/contenidos/informe_estudio/dictamenes/es_dic) [Con acceso el 01.09.2010].

⁶¹ «La información agregada resultante del procesamiento de las recetas del Sistema Nacional de Salud,

incluyendo las de la Mutualidad de Funcionarios de la Administración Civil del Estado (MUFACE), las de la Mutualidad General Judicial (MUGEJU) y las del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), es de dominio público, salvando siempre la confidencialidad de la asistencia sanitaria y de los datos comerciales de empresas individualizadas. Su gestión corresponde a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en su ámbito

territorial y a la Administración General del Estado en la información del conjunto del Sistema Nacional de Salud [...]».

⁶² «1. Con el fin de lograr un adecuado abastecimiento del mercado y establecer garantías de seguridad para los

ciudadanos, los laboratorios, los almacenes mayoristas y las oficinas de farmacia están sujetos a las obligaciones de información a que se refiere este artículo.

2. Los laboratorios farmacéuticos deberán comunicar, en los términos que se fijen reglamentariamente, al Ministerio de Sanidad y Consumo las unidades de presentaciones identificadas por lotes de medicamentos y destinatario, vendidas en territorio nacional, así como las que sean objeto de devolución. Asimismo, garantizarán, en los términos que se fijen reglamentariamente, la identificación de cada unidad a lo largo de su recorrido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15.4 de la presente Ley.

3. Los almacenes mayoristas comunicarán, en los términos que se fijen reglamentariamente, a la Comunidad Autónoma en la que tengan su domicilio social y al Ministerio de Sanidad y Consumo las unidades suministradas y las devueltas, con indicación del lote al que pertenezcan así como el destinatario, tanto se trate de oficinas o servicios de farmacia como de otros almacenes mayoristas, con independencia de la Comunidad Autónoma en la que radiquen.

4. Sin perjuicio de los conciertos que se pudieran suscribir, los titulares de las oficinas de farmacia comunicarán al órgano competente de la Comunidad Autónoma en la que tengan su ámbito de actuación las unidades de medicamentos dispensadas. Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas remitirán dicha información al Ministerio de Sanidad y Consumo, en los términos que se fijen reglamentariamente [...]».

⁶³ «La recogida y tratamiento de datos a que se refiere este artículo deberá adecuarse a la normativa vigente en materia de seguridad y protección de datos de carácter personal, en cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, teniendo la consideración de responsables de sus respectivos ficheros de titularidad pública la Administración General del Estado, las Administraciones sanitarias competentes de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Administraciones corporativas correspondientes».

tratamiento de datos personales para la facturación de recetas, pueden comunicar los datos referentes a las prescripciones de las marcas comerciales de los medicamentos por prohibición expresa de la normativa farmacéutica.

Centrándonos en la normativa específica de protección de datos personales, la utilización para estos fines quedaría vedada a tenor de lo dispuesto por el artículo 4.2 de la LOPD⁶⁴ en tanto en cuanto no podrán ser utilizados los datos con fines incompatibles con aquél para el que hubieran sido recabados, considerando que además dicha recogida debe realizarse atendiendo a fines determinados, explícitos y legítimos conforme dispone el artículo 4.1 de la LOPD. Por otro lado, es el artículo 11.1 de la LOPD⁶⁵ el que supone un obstáculo a esta comunicación, ya que cabe la cesión de datos de carácter personal con el consentimiento del interesado cuando la transmisión persiga un fin directamente relacionado con las funciones legítimas de cedente y de cesionario. En este caso, la Agencia Vasca de protección de datos considera que dicha cesión está expresamente prohibida por la Ley 29/2006. Si no fuera así, existe el riesgo de que la prescripción se fomente por factores ajenos a las necesidades clínicas, en detrimento del beneficio de la salud del paciente, se grave innecesariamente el gasto tanto público como del propio enfermo y se menoscabe la libre competencia y la transparencia que debe regir en estas relaciones.

También en este orden de cosas, se resolvió por la APD⁶⁶ una denuncia presentada por la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de la Comunidad de Madrid a una empresa, siendo los hechos que originaron dicha denuncia que la empresa obtenía datos mediante el microfilmado de recetas capturadas diariamente por me-

dios electrónicos en las oficinas de farmacia. Ello daba lugar a la generación de listados donde constaba la prescripción de los medicamentos emitidos por los médicos los cuales se identificaban inequívocamente⁶⁷. En este caso, la empresa alegó el carácter de empresario del profesional de la medicina, por lo que sus datos se encontrarían al margen del ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos ya que no son relativos a la intimidad personal y familiar de la persona física sino a su actividad empresarial. La Audiencia Nacional discrepa de esta conclusión y sostiene en estos casos que «[...] los datos del recurrente se refieran a su actividad profesional no impide la aplicación del régimen jurídico sancionador que [...] extiende su protección no a los datos íntimos de la persona sino a los datos de carácter personal [...]. Téngase en cuenta que en la [...] STC 292/2000 se declara que “el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de las personas, sino a cualquier tipo de dato personal sea o no íntimo” [...]»⁶⁸. Esta

⁶⁷ Así aparecen datos que exceden los propios albergados por las fuentes accesibles al público tal y como consta derivado de la actuación inspectora de la APD: «[...] Asimismo, durante la citada visita de inspección se ha podido constatar lo siguiente: el fichero “AUDIT PHARMA” contiene 218.315 registros de colegiados médicos que se encuentran en la página Web de la Organización Médica Colegial. En el citado fichero aparecen registrados los números de los colegiados, sus datos personales (nombre y apellidos) asociados al código de sus especialidades y, asimismo, aparecen los datos de los códigos de los centros de trabajo y el domicilio de dichos centros, datos que no se encuentran recogidos en la página Web de la Organización Médica Colegial [...]».

Ante la solicitud por la APD a la empresa Microdata Servicios SL de que aportara información sobre « De dónde obtenía los datos correspondientes a los domicilios profesionales de los colegiados médicos y de que forma obtenía los mismos», Microdata alega: «[...] Que “...recaba la información relativa al nombre y apellidos de los médicos de los anuarios editados por los distintos colegios médicos, en los que también figura el domicilio de dichos profesionales.”. También, señala que el domicilio de los profesionales médicos puede ser extraído de los repertorios telefónicos y de distintos medios de comunicación, considerados como accesibles al público por la LOPD. Acaba manifestando que la información, obtenida con los medios descritos, se contrasta con la obtenida de las encuestas en los distintos Centros de Salud “...y con los directorios publicados en dichos centros donde también figuran los datos de los profesionales médicos que prestan sus servicios en los mismos.” [...]».

⁶⁸ «[...] En relación al argumento esgrimido por MICRODATA en sus alegaciones en el que considera que los profesionales de la medicina tendrán siempre la consideración de empresarios y que los datos utilizados se encuentran fuera del

⁶⁴ «Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos».

⁶⁵ «Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado».

⁶⁶ R/00362/2006. Disponible en la URL: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/procedimientos_sancionadores/ps_2006/common/pdfs/PS-00344-2005_Resolucion-de-fecha-19-06-2006_Art-ii-culo-6.1-LOPD_Recurrida.pdf [Con acceso el 1.9.2010].

es la apoyatura que la APD realiza para concluir con que los datos de los colegiados médicos tratados por la empresa se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la LOPD y en consecuencia derivar de los hechos probados, que la empresa efectuó un tratamiento de datos por la inclusión de los datos personales de los colegiados médicos extraídos de la página web del Colegio Oficial de referencia y de los anuarios publicados, e incorporarlos a un fichero asociándolos con otros relativos a las direcciones profesionales o particulares de los cole-

gidos y vinculando todo ello con la prescripción de medicamentos⁶⁹.

Por el contrario, concluye la APD de modo distinto a consecuencia de la denuncia presentada por la Consejería de Sanidad de Castilla y León y por la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid frente a la misma empresa (Microdata Servicios SL)⁷⁰ a causa de la recepción por parte de médicos adscritos a los Servicios de los denunciantes de una carta remitida por la denunciada en la que se informa a los facultativos que sus datos se han incluido en el fichero registrado en la Agencia por la denunciada. Se les solicita, a su vez, el consentimiento para la inclusión de los datos de prescripción para ser utilizados con fines de realizar estudios de mercado. Se requiere, igualmente, el consentimiento del facultativo para que por las oficinas de farmacia y por los centros médicos se proporcionen los datos relativos a prescripciones, así como para la cesión a los laboratorios farmacéuticos.

Respecto al procedimiento establecido para entender dado el consentimiento, a los destinatarios se les concedió un plazo de cuarenta y cinco días para oponerse, en su caso, a los tratamientos de datos referidos. Transcurrido este periodo y uno más adicional de quince días sin obtener respuesta, Microdata considera que se ha otorgado un válido consentimiento para el tratamiento de los datos.

Para las posibles reclamaciones, Microdata habilitó un procedimiento a través de un teléfono de tarificación gratuita y una dirección de correo electrónico exclusiva para estas solicitudes. Ambos medios se indicaron en la comunicación que se remite a los interesados.

ámbito de aplicación de la LOPD, ya que no son relativos ni afectan a la intimidad personal y familiar de las personas físicas, sino a la actividad empresarial, es preciso señalar que las sentencias de la Audiencia Nacional de 11/02/2004, recurso 119/2002, y de 25/06/2003, Recurso 1099/2000, razonan lo siguiente: “Que los datos del recurrente se refieran a su actividad profesional no impide la aplicación del régimen jurídico sancionador que diseña la expresada Ley Orgánica pues la protección de datos que se reconoce en el artículo 18.4 de la CE, extiende su protección no a los datos íntimos de la persona- que se protegen en el derecho a la intimidad del artículo 18.1 de la CE- sino a los datos de carácter personal (STC 2192/2000). Por tanto, la garantía de la vida privada de la persona y su reputación poseen una dimensión positiva que excede del ámbito del artículo 18.1 CE y que se traduce en un derecho al control sobre los datos. Se pretende garantizar ahora a la persona, mediante el control sobre sus datos personales, sobre su uso o destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado, que los datos sólo podrán ser tratados y cedidos con su consentimiento. De lo dicho se infiere que no es preciso en modo alguno que se haya vulnerado el derecho a la intimidad, ni que el dato afecte a esa esfera íntima de la persona, para que pueda ser sancionada una conducta en materia de protección de datos, pues este derecho fundamental-artículo 18.4- tiene un objeto distinto y una dimensión que excede de la del derecho a la intimidad, ni que el dato afecte a esa esfera íntima de la persona, para que pueda ser sancionada una conducta en materia de protección de datos, pues este derecho fundamental-artículo 18.4-tiene un objeto distinto y una dimensión que excede de la del derecho a la intimidad. Téngase en cuenta que en la expresada STC 292/2000 se declara que “el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de las personas, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo” [...].»

En relación a la consideración de la información tratada como datos de carácter personal, también hace referencia a ello el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 06/11/2003 (caso Lindqvist. Asunto C-101/01), de la cual la APD se hace eco igualmente en la Resolución a la que nos estamos refiriendo: «[...] “El concepto de “datos personales” que emplea el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46 comprende, con arreglo a la definición que figura en el artículo 2, letra a), de dicha Directiva “toda información sobre una persona física identificada o identificable”. Este concepto incluye, sin duda, el nombre de una persona junto a su número de teléfono o a otra información relativa a sus condiciones de trabajo o a sus aficiones” [...].»

⁶⁹ La APD concluye con que «[...] En el caso que nos ocupa, MICRODATA no ha acreditado que contara con el consentimiento de los afectados para tratar sus datos. No ha acreditado de dónde ha obtenido los datos personales de los colegiados que obran en su archivo “AUDIT PHARMA”. No ha especificado de qué repertorios telefónicos ni de qué anuarios de colegiados los obtuvo. Se limita a manifestar, sin probarlo, que los datos de los colegiados que obran en el citado fichero proceden de fuentes accesibles al público, incluyendo dentro de éstas los directorios de los centros de trabajo de los médicos incluidos en el fichero “AUDIT PHARMA” [...].»

⁷⁰ Expediente N° E/00020/2007. Disponible en la URL: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/archivo_actuaciones/archivo_actuaciones_2008/common/pdfs/E-00020-2008_Resolucion-de-fecha-09-10-2008_Art-ii-culo-5-y-6-LOPD.pdf [Con acceso el 1.9.2010].

No se procedió al tratamiento de los datos de aquellos destinatarios que se opusieron, de los que solicitaron la cancelación de los mismos y de aquellos cuyas comunicaciones propias fueron devueltas. Por el contrario, se trataron los datos de los destinatarios de los que no constó presentación de reclamación o solicitud alguna, incluyéndose en un fichero inscrito en el Registro General de Protección de Datos⁷¹.

A tenor de la investigación realizada, la APD concluyó que no existió vulneración de los datos de los interesados por la remisión de una carta en la que se les solicitó el consentimiento y en la que figuraban todos los requisitos del artículo 5 de la LOPD.

También se denunció en este caso el anómalo procedimiento de obtención de los datos de los médicos destinatarios de las cartas, a lo que la empresa respondió que se recabaron de fuentes accesibles al público⁷² y ese mismo es el criterio sostenido por la APD, tras su actuación inspectora. En relación al dato concreto de las tendencias de las prescripciones de productos farmacéuticos Micro-

⁷¹ «[...] Se aporta copia de los siguientes documentos: Certificado de envío y su contenido emitidos por las empresas que llevaron a cabo el servicio de mensajería y acuerdos de confidencialidad y protección de datos de carácter personal suscritos por Microdata y dichas empresas, relación de los envíos realizados por códigos postales junto con cada uno de los albaranes de entrega de su puesta en Correos. Asimismo se aporta copia del modelo de escrito utilizado para atender las reclamaciones de los destinatarios con relación al envío de la carta [...]».

Expediente N° E/00020/2007. Disponible en la URL: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/archivo_actuaciones/archivo_actuaciones_2008/common/pdfs/E-00020-2008_Resolucion-de-fecha-09-10-2008_Art-ii-culo-5-y-6-LOPD.pdf [Con acceso el 1.9.2010].

⁷² «[...] De la documentación aportada se desprende que los datos de los médicos habrían sido obtenidos de las siguientes fuentes, aportando, en su caso, impresión de los datos de los facultativos que allí figuran: Medibooks (según el representante de Microdata, publicación en formato digital autorizada por el Ministerio de Sanidad), el sitio web <http://www....X....> de la Organización Médica Colegial (donde a partir del nombre y apellidos de un colegiado se obtiene la siguiente información: nombre y apellidos del colegiado, número de colegiado, colegio y especialidad), medios de comunicación y las propias encuestas realizadas a los facultativos [...]».

Expediente N° E/00020/2007. Disponible en la URL: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/archivo_actuaciones/archivo_actuaciones_2008/common/pdfs/E-00020-2008_Resolucion-de-fecha-09-10-2008_Art-ii-culo-5-y-6-LOPD.pdf [Con acceso el 1.9.2010].

data expuso que se obtuvieron de la realización de encuestas presenciales o telefónicas. Así, los encuestadores acudían a las farmacias, a los centros hospitalarios y de salud, a las consejerías de sanidad y a cualquier otro centro donde estos profesionales prestaban sus servicios. Las entrevistas se realizaron a los médicos y a los pacientes, al personal de enfermería y a los farmacéuticos. Sólo a los médicos se les realizó encuestas nominativas previa solicitud de consentimiento. Tras ser introducidos los datos del fichero⁷³ en una hoja de cálculo, se realizaron estudios estadísticos obteniendo proyecciones de prescripción de productos farmacéuticos por parte de los médicos. Todo ello llevó al archivo de las actuaciones en este caso por la APD.

b. El dispensador

i. Las oficinas de farmacia.

Las farmacias son establecimientos sanitarios privados de interés público de acuerdo a lo establecido por el artículo 84.6 de la Ley 29/2006⁷⁴ y tienen la obligación de colaborar en el proceso de facturación del gasto farmacéutico con la administración sanitaria de la comunidad autónoma co-

⁷³ «[...] En cuanto al contenido del fichero AUDIT PHARMA se verificó que se componía, entre otras, de las siguientes tablas cuyo contenido parcial se detalla y el número de registros allí contenidos:

-“MEDICOS”: contiene un código interno clave de médico y el nombre y apellidos; número de registros contenidos 49.890.

-“CENTROS”: contiene direcciones de los diferentes centros asociados a los médicos; número de registros contenidos 10.804.

-“CODMEDICOS”: asociación del número de colegiado a cada médico; número de registros contenidos 68.519 (según el representante de MICRODATA SERVICIOS, S.L. existían médicos que aparecían colegiados más de una vez, detectándose las duplicaciones por coincidencia de nombre y apellidos).

-“ENCUESTA2007”: resultado de las encuestas realizadas a cada médico por fecha y producto; número de registros contenidos 3.963.598.

-“PRODUCTOS”: relación de productos farmacéuticos y moléculas; número de registros contenidos 14.347 [...]».

Expediente N° E/00020/2007. Disponible en la URL: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/archivo_actuaciones/archivo_actuaciones_2008/common/pdfs/E-00020-2008_Resolucion-de-fecha-09-10-2008_Art-ii-culo-5-y-6-LOPD.pdf [Con acceso el 1.9.2010].

⁷⁴ «Las oficinas de farmacia tienen la consideración de establecimientos sanitarios privados de interés público».

responsable y con la estatal para el conocimiento de la misma del gasto producido en el territorio del Sistema Nacional de Salud. Otro de los fines de dicha colaboración es garantizar el uso racional del medicamento.

En cuanto a la dispensación de la e-receta por la oficina de farmacia, el artículo 7 del Proyecto de RDRM establece que ésta se realizará por las oficinas conectadas al sistema de receta médica electrónica, previa utilización del certificado electrónico del titular de la oficina de farmacia. Después de la identificación inequívoca del paciente, o en su caso, de la persona en quien delegue, el farmacéutico accederá a la información necesaria para la dispensación informada y el seguimiento del tratamiento de las prescripciones electrónicas pendientes de dispensar que sean solicitadas por el paciente y corresponda efectuar de acuerdo a las limitaciones establecidas por el artículo 6.3 relativas al límite de envases a dispensar según el plan terapéutico establecido.

Tras el acceso por el farmacéutico al sistema informático a través de la tarjeta del paciente⁷⁵, una vez insertada y reconocida por el sistema de e-receta, quedará grabado dicho acceso y una vez realizada la dispensación quedará constancia de los datos de identificación de la oficina de farmacia, del farmacéutico responsable de la dispensación, de los medicamentos y/o productos sanitarios dispensados, así como el número de envases y su identificación y la fecha de dispensación.

El Proyecto de RDRM hace recaer sobre el farmacéutico la responsabilidad sobre los medicamentos que dispense y en particular su asesoramiento debe ir dirigido a evitar las consecuencias adversas inherentes a la mala utilización de los mismos, la no comprensión de la finalidad terapéutica, la interacción negativa con otros medicamentos o la presencia de cualquier otro problema de salud que derive de un uso inadecuado del medicamento. Tanto es así, que el artículo 7.2 del Proyecto de RDRM hace mención expresa a la «dispensación informada». Por ello, la dispensación debe garantizar el acceso a los medicamentos y la

evitación de problemas relacionados con su uso⁷⁶. Es por todo ello que distintos organismos supranacionales recomendaron el seguimiento farmacoterapéutico como una necesidad asistencial de los pacientes⁷⁷. Ya en el ámbito nacional, esta recomendación queda recogida como una obligación en la Ley 19/1997 de regulación de los servicios de las oficinas de farmacia⁷⁸, y posteriormente refrendada por la Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud⁷⁹ y por la Ley

⁷⁶ Un Problema Relacionado con Medicamentos (PRM), es un problema de salud, vinculado con la farmacoterapia de un paciente, que interfiere o puede interferir con los resultados de salud esperados en ese paciente; entendiéndose como problema de salud: «todo aquello que requiere o puede requerir una acción por parte del agente de salud, incluido el propio paciente». *Vid.* sobre esta materia «El tercer consenso de Granada sobre problemas relacionados con medicamentos (PRM) y resultados negativos asociados a la Medicación (RNM)», *Ars Pharm*, 2007;48 (1):5-17. Disponible en la URL: <http://farmacia.ugr.es/ars/pdf/374.pdf> [Con acceso el 1.9.2010].

⁷⁷ La Federación Internacional Farmacéutica, en declaración conjunta con World Self-Medication Industry manifiesta que «los farmacéuticos tienen la obligación profesional de proporcionar asesoría objetiva sobre la automedicación y las medicinas disponibles para ello», y de «recomendar la búsqueda de la asesoría médica si el paciente reconoce que la automedicación no es adecuada». Declaración Conjunta de la Federación Farmacéutica Internacional (FIP) y de la Industria Mundial de la Automedicación Responsable (WSMI) sobre automedicación responsable. La Haya, 10 de junio de 1999. Disponible en la URL: http://www.fip.org/www/uploads/database_file.php?id=244&table_id= [Con acceso el 1.9.2010].

En este sentido también se pronuncia la OMS en «El papel del farmacéutico en el sistema de atención de salud». Informe de la reunión de la OMS. Tokio. 31 de agosto a 3 de septiembre de 1993. Disponible en la URL: <http://www.ops.org.bo/textocompleto/ime9848.pdf> [Con acceso el 1.9.2010].

En la misma línea concluye el Consejo de Europa. *Vid.* al respecto Council of Europe, Committee of Ministers. Resolution ResAP (2001) concerning the pharmacist's role in the framework of health security. Adopted by the Committee of Ministers on 21 March 2001 at the 76th meeting of the Ministers' Deputies. Disponible en la URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=193721&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75> [Con acceso el 1.9.2010].

⁷⁸ Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los Servicios de las Oficinas de Farmacia (BOE núm.100, de 26.4.1997).

⁷⁹ Establece en su artículo 33.1 que «[...] las oficinas de farmacia colaborarán con el Sistema Nacional de Salud en el desempeño de la prestación farmacéutica a fin de garantizar el uso racional del medicamento. Para ello los farmacéuticos actuarán coordinadamente con los médicos y otros profesionales sanitarios». En esta línea se pronuncia su artículo 16 en el sentido de que «[...] la prestación farmacéutica comprende los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma

⁷⁵ El artículo 7.4 del Proyecto de RDRM establece un sistema alternativo para los casos de pérdida o sustracción de la tarjeta sanitaria consistente en la lectura electrónica del código de identificación personal mediante código de barras de la hoja de medicación activa mostrando el DNI u otro documento identificativo del paciente.

29/2006 de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios⁸⁰, en concreto en su artículo 84.1 referido a las oficinas de farmacia⁸¹, 81.2.f aplicable a la atención primaria⁸² y 82.2.a para la atención hospitalaria y especializada⁸³.

Además, en el artículo 15.4 del Proyecto de RDRM se hace pechar sobre el farmacéutico la decisión, en su caso, de no dispensar un determinado medicamento, cuando «surjan dudas razonables sobre la autenticidad o validez de la receta médica presentada». No especifica el precepto los supuestos que merecerían, en su caso, esa duda. Si atendemos a la falsificación del soporte de la receta, salvo que esta sea grosera, en cuyo caso está claro

adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad».

⁸⁰ Reproduce en la exposición de motivos VIII lo que ya anunció en su día la Ley 19/1997, es decir, la consideración de las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios privados de interés público, y señala que «[...] los farmacéuticos, como responsables de la dispensación de medicamentos a los ciudadanos, velarán por el cumplimiento de las pautas establecidas por el médico responsable del paciente en la prescripción, y cooperarán con él en el seguimiento del tratamiento a través de los procedimientos de atención farmacéutica, contribuyendo a asegurar su eficacia y seguridad. Asimismo participarán en la realización del conjunto de actividades destinadas a la utilización racional de los medicamentos, en particular a través de la dispensación informada al paciente [...]».

⁸¹ «En las oficinas de farmacia, los farmacéuticos, como responsables de la dispensación de medicamentos a los ciudadanos, velarán por el cumplimiento de las pautas establecidas por el médico responsable del paciente en la prescripción, y cooperarán con él en el seguimiento del tratamiento a través de los procedimientos de atención farmacéutica, contribuyendo a asegurar su eficacia y seguridad. Asimismo participarán en la realización del conjunto de actividades destinadas a la utilización racional de los medicamentos, en particular a través de la dispensación informada al paciente».

⁸² «Para contribuir al uso racional de los medicamentos las unidades o servicios de farmacia de atención primaria realizarán las siguientes funciones: f) Establecer un sistema para el seguimiento de los tratamientos a los pacientes que contribuya a garantizar el cumplimiento terapéutico así como programas que potencien un uso seguro de los medicamentos».

⁸³ «Para contribuir al uso racional de los medicamentos las unidades o servicios de farmacia hospitalaria realizarán las siguientes funciones: a) Garantizar y asumir la responsabilidad técnica de la adquisición, calidad, correcta conservación, cobertura de las necesidades, custodia, preparación de fórmulas magistrales o preparados oficinales y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias y de aquellos otros, para tratamientos extrahospitalarios, que requieran una particular vigilancia, supervisión y control».

que el farmacéutico no tendría que dispensar el medicamento, aun sin esta previsión expresa, es difícil que el RDRM se refiera a irregularidades en el modelo o en el soporte, ya que el propio artículo 11.1 establece que para las recetas no electrónicas la confección será con materiales que hagan difícil su falsificación⁸⁴. Por ello, parece más razonable entender que el precepto se está refiriendo a hipotéticas falsedades relacionadas con la figura del prescriptor. Difícilmente puede constatar el farmacéutico la veracidad de esta información cuando no está habilitado a acceder a los datos que serían necesarios para ello: es decir, el acceso a una base de datos de los profesionales colegiados en el ámbito nacional, así como a sus firmas y códigos de identificación. Este acceso por parte del farmacéutico a estos datos constituye una cesión para la que carece de legitimación de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 11.1 LOPD⁸⁵. En el caso de la e-receta los mecanismos introducidos por la firma digital y por el certificado electrónico harán inoperante este inciso por cuanto la receta no se presenta sino que es el propio dispensador el que la descarga del servidor con la garantía de autenticidad otorgada por estos mecanismos lógicos.

Así, según venimos apreciando, entre las atribuciones de la moderna oficina de farmacia se encuentra la práctica profesional del seguimiento farmacoterapéutico personalizado, a partir del cual el farmacéutico se responsabiliza de los requerimientos que pueda presentar el paciente/cliente relacionados con los medicamentos. Ello supone detectar, prevenir y resolver problemas relacionados con los fármacos. De hecho, la existencia de una elevada morbilidad⁸⁶ y mortalidad que se asocia a la utilización de los medicamentos reclama la intervención del farmacéutico. Así, el seguimiento farmacoterapéutico por parte del farmacéutico requiere acceder a datos sobre las necesidades del

⁸⁴ «Los talonarios de recetas médicas en papel así como los impresos para su edición e impresión informática, se confeccionarán con materiales que impidan o dificulten su falsificación, y de acuerdo con los criterios de normalización establecidos en el Anexo del presente Real Decreto».

⁸⁵ «Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado».

⁸⁶ «(Del ingl. morbidity). 1. f. Proporción de personas que enferman en un sitio y tiempo determinado». RAE. Diccionario de la Lengua Española. 22ª ed.

paciente relativas a su farmacoterapia y por lo tanto el tratamiento de datos de salud del paciente, por lo que tendrá que conocer su historia clínica, a modo de ejemplo, para descubrir hipotéticos problemas relacionados con los medicamentos. Esta necesidad está en concordancia con la habilitación legal expresa para ello que establece la Ley 29/2006⁸⁷ en la línea de lo dispuesto a su vez por el artículo 11.2.a de la LOPD.

Los datos sobre la prescripción farmacológica forman parte de la historia clínica del paciente. La implantación de la e-receta supondrá profundizar en la historia clínica única por paciente, lo cual implica un paso más que la actual historia clínica única en cada centro propugnada por la Ley 41/2002⁸⁸, a disposición de los profesionales que atiendan al paciente en cualquier punto de nuestra geografía nacional, de momento, y con vistas a la fructificación de este proyecto a nivel europeo. No podemos ignorar que pese a las indudables ventajas de la e-receta que en la medida en que se intensifican los flujos de transmisión de la información personal, la implantación de la misma acrecentará las amenazas a la confidencialidad del paciente/cliente.

Sin embargo, pese a las cautelas a observar en el sentido de proteger la intimidad, para la consecución del seguimiento farmacoterapéutico es necesario que el farmacéutico pueda acceder a la base de datos de los tratamientos farmacológicos de los pacientes/clientes que incluya los medicamentos tanto prescritos como no por el Sistema Nacional de Salud⁸⁹, previo consentimiento expreso del

interesado. Sólo así el profesional podrá realizar el seguimiento del tratamiento farmacológico y detectar hipotéticas reacciones adversas para lo cual es necesario, como venimos sosteniendo, el acceso no sólo a datos farmacológicos, sino también clínicos.

En estrecha relación a la atención farmacoterapéutica, ya nos hemos referido anteriormente a que el Proyecto de RDRM atribuye unas facultades al farmacéutico en su artículo 7.6 que están inmersas en la misma⁹⁰ y que permiten el bloqueo de modo cautelar de la dispensación de un medicamento prescrito si aprecia un error en la prescripción, alerta de seguridad o cualquier otro motivo que ponga en riesgo la salud del paciente⁹¹. Esta potestad que le atribuye el proyecto choca de pleno con la facultad a su vez del paciente de indicar al prescriptor la ocultación de algún tratamiento, tal y

viembre, de ordenación y atención de los servicios y establecimientos farmacéuticos (BOCM núm. 287, de 31.12.1998; BOE núm. 125, de 25.5.1999).

Artículo 17. «Seguimiento farmacoterapéutico de los pacientes

1. Se entiende por seguimiento farmacoterapéutico el realizado con el registro sistemático de la terapia medicamentosa de un paciente, con el objetivo de detectar, prevenir y reparar problemas relacionados con los medicamentos, tales como incumplimiento del tratamiento, duplicaciones terapéuticas, errores de prescripción, reacciones adversas, interacciones y contraindicaciones.

2. Con el consentimiento del paciente, el farmacéutico de la oficina de farmacia, en función de su criterio técnico, podrá seguir el tratamiento farmacológico mediante la realización de perfiles farmacoterapéuticos y fichas del paciente que le permitan vigilar y controlar el uso individualizado de los medicamentos con y sin receta. [...].»

⁹⁰ «La Atención Farmacéutica es un concepto de práctica profesional en el que el paciente es el principal beneficiario de las acciones del farmacéutico. La Atención Farmacéutica es el compendio de actitudes, comportamientos, compromisos, inquietudes, valores éticos, funciones, conocimientos, responsabilidades y destrezas del farmacéutico en la prestación de la farmacoterapia, con el objeto de lograr resultados terapéuticos definidos en la salud y la calidad de vida del paciente». OMS. Tokio. 1993. Disponible en la URL: <http://www.ops.org.bo/textocompleto/ime9848.pdf> [Con acceso el 1.9.2010].

⁹¹ «El sistema informático permitirá que el farmacéutico pueda bloquear cautelarmente la posibilidad de dispensación de un medicamento prescrito, cuando se aprecie la existencia de error manifiesto en la prescripción, inadecuación de ésta a la medicación concomitante, o cualquier otro motivo que pueda suponer un riesgo grave manifiesto y evidente para la salud del paciente. Esta circunstancia se comunicará de forma telemática, al prescriptor mediante la cumplimentación del informe previsto para tal efecto en dicho sistema. También informará sobre dicho bloqueo al paciente».

⁸⁷ Artículo 77.8: «[...] No será necesario el consentimiento del interesado para el tratamiento y la cesión de datos que sean consecuencia de la implantación de sistemas de información basados en receta médica en soporte papel o electrónico, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7, apartados 3 y 6; 8 ; y 11, apartado 2.a) , de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre , de Protección de Datos de Carácter Personal. Las citadas actuaciones deberán tener por finalidad facilitar la asistencia médica y farmacéutica al paciente y permitir el control de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud».

⁸⁸ Artículo 14.1: «La historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro».

⁸⁹ Así se establece, a modo de ejemplo, por el artículo 17 de la Ley 19/1998 de la Comunidad de Madrid, de 25 de no-

como se deriva del artículo 6.5, al que nos hemos referido anteriormente. Únicamente el acceso por parte del farmacéutico a la íntegra medicación prescrita a su paciente/cliente posibilitará el ejercicio de la atención farmacéutica a la que está obligado y, aún más, al bloqueo de la dispensación en los supuestos previstos en el citado artículo 7.6 del Proyecto. Es cierto que el Proyecto contempla la posibilidad de acceder por parte del farmacéutico al historial farmacoterapéutico del paciente/cliente, de acuerdo por lo dispuesto en el artículo 7.2⁹², si bien este acceso se limita a «[...] los datos necesarios para una correcta dispensación informada y seguimiento del tratamiento, de las prescripciones electrónicas pendientes de dispensar que el paciente solicite y corresponda efectuar [...]»⁹³. Esta postura queda refrendada por la Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud en cuyo artículo 56 prevé la coordinación para el intercambio de información clínica entre centros o servicios del Sistema Nacional de Salud⁹⁴, quedando

⁹² «El paciente podrá solicitar en el momento de la prescripción, protección y confidencialidad en la dispensación de algún tratamiento. En estos casos el tratamiento se diferenciará para la dispensación».

⁹³ La normativa autonómica sobre la materia adopta en algunos supuestos soluciones no coincidentes, así valga como ejemplo el Decreto 159/2007, de 24 de julio por el que se regula la receta electrónica y la tramitación telemática de la prestación farmacéutica a cargo del servicio catalán de salud autoriza el acceso a todas las prescripciones, aunque con el consentimiento del paciente. Así en su artículo 8.1 se establece que «Los farmacéuticos y las farmacéuticas de las oficinas de farmacia sólo deben acceder a los datos de los productos incluidos en la prestación farmacéutica prescritos a una persona paciente cuando ésta se identifique y pida su dispensación. Sin embargo, los farmacéuticos y las farmacéuticas de las oficinas de farmacia podrán acceder a los datos de los productos incluidos en la prestación farmacéutica prescritos a una persona paciente para hacer consultas relacionadas con la medicación, a petición de la persona paciente, que deberá dar su autorización expresa, de la que debe quedar constancia, de acuerdo con la normativa vigente». Decreto 159/2007, de 24 de julio por el que se regula la receta electrónica y la tramitación telemática de la prestación farmacéutica a cargo del servicio catalán de salud (DOGC, núm. 4934, de 26.7.2007).

⁹⁴ «Con el fin de que los ciudadanos reciban la mejor atención sanitaria posible en cualquier centro o servicio del Sistema Nacional de Salud, el Ministerio de Sanidad y Consumo coordinará los mecanismos de intercambio electrónico de información clínica y de salud individual, previamente acordados con las Comunidades Autónomas, para permitir tanto al interesado como a los profesionales que participan en la asistencia sanitaria el acceso a la historia clínica en los términos estrictamente necesarios para garantizar la calidad de dicha asistencia y la confidencialidad e integridad de la infor-

do al margen de esta previsión las oficinas de farmacia, que únicamente son colaboradoras del mismo a tenor de lo dispuesto por el artículo 33.1 de la Ley 16/2003⁹⁵ y por lo tanto no comprendidas en el ámbito previsto por el RDLOPD, que en su artículo 10 efectúa un previsión expresa de la excepción a la hora de requerir consentimiento al interesado para la comunicación de los datos personales cuando el tratamiento se realice para «la atención sanitaria de las personas» de conformidad con lo dispuesto en la Ley 16/2003⁹⁶. Difícilmente puede el farmacéutico a quien se le permite un acceso a la historia farmacoterapéutica parcial, teniendo en cuenta que además el paciente puede solicitar al prescriptor la ocultación de parte de la misma, administrar una atención que el propio proyecto le exige en el artículo 7.6, para lo cual debería tener acceso al historial farmacoterapéutico íntegro, ya que de lo contrario se podría dar el caso de dispensación de un fármaco que interactuara negativamente con otro de los que el paciente/cliente ha decidido ocultar.

En cuanto a la cancelación de los datos personales que almacena el farmacéutico, el artículo 18.3 del Proyecto de RDRM establece que «las recetas médicas en papel serán conservadas en la oficina de farmacia durante tres meses», así que «Finalizado el plazo de conservación, procederá a su destrucción». No cabría, por lo tanto, la satisfacción del ejercicio del derecho de cancelación por parte del paciente/cliente durante este tiempo de obligada conservación. Permanecen al margen de este límite temporal aquellas recetas médicas

mación, cualquiera que fuese la Administración que la proporcione [...]».

⁹⁵ «Las oficinas de farmacia colaborarán con el Sistema Nacional de Salud en el desempeño de la prestación farmacéutica a fin de garantizar el uso racional del medicamento. Para ello los farmacéuticos actuarán coordinadamente con los médicos y otros profesionales sanitarios». En lo que a la implantación de la e-receta se refiere el punto 2 del artículo 33 dispone que «[...] Se tenderá a la dispensación individualizada de medicamentos y a la implantación de la receta electrónica, en cuyo desarrollo participarán las organizaciones colegiales médica y farmacéutica».

⁹⁶ Artículo 10.5: «[...] En particular, no será necesario el consentimiento del interesado para la comunicación de datos personales sobre la salud, incluso a través de medios electrónicos, entre organismos, centros y servicios del Sistema Nacional de Salud cuando se realice para la atención sanitaria de las personas, conforme a lo dispuesto en el Capítulo V de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud».

que deban ser sometidas a procedimientos de control posterior, en cuyo caso el plazo de conservación se extenderá de acuerdo con las normas e instrucciones que sean de aplicación al supuesto concreto. En el punto cuatro del mismo artículo se extiende lo anterior a la e-receta, por lo que una vez transcurrido el citado plazo de tres meses o en su caso el que corresponda, habrá que «anular los registros informáticos». En este mismo precepto se hace recaer sobre el farmacéutico titular la responsabilidad sobre la custodia y la seguridad del acceso a los datos del módulo de dispensación⁹⁷.

ii. Los servicios hospitalarios.

El proyecto de RDRM regula la orden de dispensación prevista para la prescripción de medicamentos que deban ser dispensados por los servicios de farmacia hospitalaria a pacientes no ingresados.

En el artículo 1.2 del Proyecto de RDRM es definida la orden hospitalaria de dispensación como «el documento normalizado para la prescripción, por los médicos de los servicios hospitalarios, de los medicamentos que deben ser dispensados por los servicios de farmacia hospitalaria a los pacientes no ingresados». Olvida el Proyecto de RDRM que este documento normalizado es también aplicable a la dispensación de medicamentos por el centro de salud y a las estructuras de atención primaria del Sistema Nacional de Salud⁹⁸. También ignora el Proyecto que a consecuencia de la modificación operada por la Ley 28/2009, de 31 de diciembre, que modifica la Ley 29/2006, el profesional de enfermería también tiene entre sus atribuciones la emisión de la orden de dispensación⁹⁹.

⁹⁷ Artículo 18.3 para las recetas en papel y 18.4 para la e-receta.

⁹⁸ Si bien se restringe a la dispensación dentro de estas instituciones o con carácter excepcional cuando el tratamiento suponga dispensar medicamentos que requieran vigilancia, supervisión y control del equipo de atención a la salud. Así se deriva del artículo 2.6.b de la Ley 29/2006: «La custodia, conservación y dispensación de medicamentos de uso humano corresponderá exclusivamente:[...] b) A los servicios de farmacia de los hospitales, de los centros de salud y de las estructuras de atención primaria del Sistema Nacional de Salud para su aplicación dentro de dichas instituciones o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud».

⁹⁹ Artículo 77.1: «[...] Sin perjuicio de lo anterior, los enfermeros, de forma autónoma, podrán indicar, usar y autorizar

Las atribuciones del farmacéutico hospitalario exceden a las del titular de la oficina de farmacia, puesto que incluyen la prescripción del medicamento, y por ello, tal y como establece el artículo 17.5, «[...] el farmacéutico responsable del Servicio de Farmacia podrá acceder a los datos clínicos necesarios para garantizar la efectividad y seguridad de la dispensación del medicamento [...]». Cabe precisar que el farmacéutico hospitalario no tiene acceso a la historia clínica íntegra del paciente y que el inciso de la necesidad debe ponerse en relación con el principio de calidad establecido por el artículo 4.1 de la LOPD¹⁰⁰. De este modo, el farmacéutico es un profesional sanitario a tenor de lo dispuesto por el artículo 2.2.a de la Ley 44/2003¹⁰¹, sin embargo los accesos a la historia clínica sólo serán legítimos en la medida en que sean imprescindibles para realizar sus funciones. Así se deriva de lo dispuesto en el artículo 16.1 de la Ley 41/2002¹⁰², es decir, el acceso será posible con la finalidad de «garantizar una asistencia adecuada al paciente» y mediante el análisis en cada concreto caso de si los datos de la historia clínica cuyo acceso es pretendido constituyen «un instrumento fundamental para su adecuada asistencia»¹⁰³.

la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica y los productos sanitarios, mediante la correspondiente orden de dispensación [...]».

Andalucía ha regulado la prescripción por parte del personal de enfermería por Decreto 307/2009, de 21 de julio de 2009, Decreto 307/2009, de 21 de julio, por el que se define la actuación de las enfermeras y enfermeros en el ámbito de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA núm. 151, de 5.8.2009).

¹⁰⁰ «Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido».

¹⁰¹ «Las profesiones sanitarias se estructuran en los siguientes grupos: a) De nivel Licenciado: las profesiones para cuyo ejercicio habilitan los títulos de Licenciado en Medicina, en Farmacia, en Odontología y en Veterinaria y los títulos oficiales de especialista en Ciencias de la Salud para Licenciados a que se refiere el título II de esta Ley».

¹⁰² «La historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente. Los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia».

¹⁰³ Así, la APD para el acceso por parte de enfermería parte de una regla mínima, así respecto de los profesionales que desempeñen sus funciones en hospitalización podrán acceder a la

Con todo, no podemos excluir a priori el acceso a determinada información, puesto que no existe una solución sino una para cada caso en concreto para el cual se tendrá que determinar la necesidad para la adecuada asistencia del paciente, ya que de ningún modo, las disposiciones tendentes a la protección de la intimidad pueden ser causa obstativa a la asistencia de calidad al paciente.

Así, es coherente con esta argumentación el artículo 17.5 del Proyecto de RDRM cuando dispone que «el farmacéutico responsable del Servicio de Farmacia podrá acceder a los datos clínicos necesarios para garantizar la efectividad y seguridad de la dispensación del medicamento». A nuestro modo de ver, esta habilitación debe extenderse al resto de profesionales que desempeñen sus funciones en el Servicio de Farmacia Hospitalaria y necesiten acceder a la historia clínica del paciente para realizar una prescripción con las debidas garantías.

En relación a la orden de dispensación emitida por enfermería tal y como se prevé por el artículo 77.1 de la Ley 29/2006¹⁰⁴, el Proyecto de RDRM establece la necesidad de tratar la información necesaria que permita la identificación de la orden de

totalidad de los datos de la HC vinculados directamente al episodio de hospitalización y a los obtenidos durante el mismo y a aquellos considerados relevantes para la hospitalización en concreto. Informe Jurídico 656/2008. «Acceso a la historia clínica por el personal de enfermería». Disponible en la URL: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/datos_esp_protegidos/common/pdfs/2008-0656_Acceso-a-historia-clinica-por-personal-de-enfermer-ii-a.pdf [Con acceso el 1.9.2010].

¹⁰⁴ «[...] Sin perjuicio de lo anterior, los enfermeros, de forma autónoma, podrán indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica y los productos sanitarios, mediante la correspondiente orden de dispensación.

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 Ministerio de Sanidad y Política Social con la participación de las organizaciones colegiales, referidas anteriormente, acreditará con efectos en todo el Estado, a los enfermeros para las actuaciones previstas en este artículo».

Ha sido ya desarrollada esta atribución por la normativa autonómica. Así en Andalucía el Decreto 307/2009, antes citado.

dispensación y su distinción con la receta médica, así como los datos personales del enfermero acreditado para la indicación o autorización de dispensación del medicamento. La nueva situación que derivará con la entrada en vigor del RD supondrá para estos enfermeros acreditados el acceso a la historia clínica del paciente en los términos establecidos por la Ley 41/2002, ya que el hecho de que entre sus facultades esté la de emisión de órdenes de dispensación hará necesario dicho acceso, en muchas ocasiones, a la historia clínica íntegra del paciente, estando amparado a ello por el artículo 16.1¹⁰⁵ de la citada Ley en concordancia con el artículo 4.1 de la LOPD¹⁰⁶.

En relación al plazo de conservación de las órdenes hospitalarias de dispensación, una vez dispensadas por los Servicios de Farmacia Hospitalarios, el propio Proyecto de RDRM realiza la remisión en su artículo 17.3 a los criterios y plazos establecidos por la Ley 41/2002. De este modo apelamos a lo dispuesto por el artículo 17.1 de dicha norma en tanto que impone la obligación de conservar la documentación clínica «durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha de alta de cada proceso asistencial». En definitiva, la orden hospitalaria de dispensación deberá ser conservada durante los cinco años siguientes al alta del proceso asistencial del que traiga causa la prescripción de la misma¹⁰⁷ y, una vez transcurrido este periodo,

¹⁰⁵ «La historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente. Los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia».

¹⁰⁶ «Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido».

¹⁰⁷ Respecto de la historia clínica la APDCM concluye con que a la vista del artículo 17 de la Ley 41/2002, en el caso de que nos encontremos con un dato relevante para la salud y por lo tanto de legítima inclusión en la historia clínica está justificada la conservación del mismo, por lo menos, durante el tiempo en el que la Ley fija como de obligatoria conservación, es decir, cinco años. Así: «[...] En relación con la petición de supresión del dato de “distimia”, [...] no habiendo transcurrido el tiempo previsto desde el alta del paciente para la cancelación de los datos clínicos, no es posible suprimir los datos de salud, a solicitud del denunciante.

[...] el dato de “distimia” era relevante para determinar la salud de D. XXX, por lo que resultaba justificado el manteni-

será conservada el tiempo necesario para la debida asistencia al paciente.

c. Los colegios oficiales y el Consejo General.

Para la facturación de los medicamentos y de los productos sanitarios dispensados, según dispone el artículo 16.2 del Proyecto de RDRM, el farmacéutico consigna en la receta el número de identificación fiscal de la oficina adhiriendo los cupones-precinto o utiliza los medios telemáticos habilitados al efecto. Una vez abonado por el usuario la cantidad que corresponda, según el régimen del medicamento o producto y el tipo de usuario, la cantidad que reste es abonada por la administración sanitaria competente¹⁰⁸.

Los colegios profesionales de farmacia tienen un importante papel en la facturación de los medicamentos y productos sanitarios, puesto que actúan como mediadores en la obligación de las oficinas de farmacia de colaborar con la Administración, que es la encargada de abonar el gasto farmacéutico. En lo que atañe al acceso a la información por parte del colegio de farmacéuticos, este tipo de corporaciones lo son de derecho público y le son atribuidas la representación de la profesión y las funciones encomendadas por la Administración, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales¹⁰⁹. Así, la comunicación de la información necesaria para el cumplimiento de esta finalidad es legítima de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 11.1.a de la

miento de esa información en su historia clínica [...]». Disponible en la URL: http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Texto_FA&cid=1142401739127&idPage=1109179336864&language=es&pagename=APDCM%2FCM_Texto_FA%2FmuestraTextoFA_APDCM [Con acceso el 1.9.2010].

¹⁰⁸ «Para la dispensación de las recetas médicas oficiales del Sistema Nacional de Salud, los usuarios estarán obligados a justificar su derecho a la correspondiente modalidad de aportación en la oficina de farmacia, mediante la presentación de la tarjeta sanitaria individual junto al documento que acredite su identidad. En los supuestos de urgencia, se podrá efectuar la dispensación sin la presentación de la tarjeta sanitaria individual, en este caso, el farmacéutico deberá hacer constar la identificación de la persona que retira la dispensación».

¹⁰⁹ En su artículo 5 encomienda a los Colegios Profesionales el ejercicio de cuantas funciones les encomiende la Administración y colaborar con ella, además de ostentar la representación que las leyes establezcan para el cumplimiento de sus fines. Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (BOE núm. 40, de 15.2.1974).

LOPD, eso sí, siempre ciñéndose a aquellos datos adecuados, pertinentes y no excesivos, tal y como reza el artículo 4 de la LOPD.

Al hilo de lo apuntado, le fue planteada en su día a la APD una consulta acerca del tratamiento de los datos de facturación de las farmacias por los colegios y por el Consejo General¹¹⁰. En concreto se planteaba si los colegios y el Consejo son responsables de esos ficheros y sobre el carácter público o privado de estos ficheros.

Sobre el carácter de responsables o de encargados del tratamiento de los colegios y del Consejo se hace necesario reflexionar en primer lugar sobre si son depositarios del dominio decisorio en lo que respecta a la determinación de la finalidad, contenido y uso del tratamiento. El ostentar este atributo corresponde al responsable del tratamiento mientras el encargado se limita a actuar conforme a las instrucciones recibidas del responsable, accediendo así a la información por cuenta de este último¹¹¹.

En lo que a este caso se refiere habría que analizar si el colegio oficial de farmacéuticos únicamente trata la información personal con la finalidad de facilitarla a los servicios autonómicos de salud para que éstos procedan a la facturación del gasto farmacéutico, o al contrario, su actividad excede de esta finalidad, en cuyo caso actuarían en calidad de responsable del tratamiento.

Para ello y con la intención de clarificar cuál es el papel de los colegios de farmacéuticos en el circuito de la receta la Ley 16/2003, en su artículo 33.2, aunque haciendo referencia a la derogada Ley del Medicamento 25/1990, razón por la cual debe entenderse que la remisión se realiza a la vigente Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, sienta la necesidad del establecimiento de unos criterios de colaboración entre las oficinas de farmacia y el Ministerio competente. Asimismo, en lo que se refiere a la e-receta, hace mención expresa a la participación de las organizaciones cole-

¹¹⁰ Resuelta por informe jurídico 126/03. «Tratamiento de datos de facturación de farmacias por los Colegios y el Consejo General». Disponible en la URL: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/otras_cuestiones/common/pdfs/2003-0126_Tratamiento-de-datos-de-facturaci-oo-n-de-farmacias-por-los-Colegios-y-el-Consejo-General.pdf [Con acceso el 1.9.2010].

¹¹¹ Artículo 12 LOPD.

giales médica y farmacéutica¹¹². Así, los colegios oficiales de farmacéuticos, en virtud de las competencias atribuidas por la Ley 2/1974, de 12 de febrero, de colegios profesionales, tienen como función la asunción de la colaboración entre las oficinas de farmacia y el Sistema Nacional de Salud, por un lado, y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, por otro.

A esta cooperación hace referencia el artículo 33.1 de la Ley 16/2003 al establecer la obligación de las oficinas de farmacia de colaborar con el uso racional del medicamento¹¹³ con el objeto de garantizar a los ciudadanos la dispensación del medicamento en condiciones de igualdad efectiva¹¹⁴. Para ello es necesario, en primer lugar, la definición de los datos básicos de farmacia para su gestión informática con vistas a la consecución de ese objetivo, es decir, que se garantice un uso racional del medicamento en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional, independientemente de las competencias que correspondan a cada servicio

de salud autonómico¹¹⁵. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 96.1 de la Ley 29/2006¹¹⁶.

Así, en relación a la financiación pública y a la fijación de precios de los medicamentos, a tenor de lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley 16/2003, corresponde al Estado la competencia para decidir qué medicamentos obtendrán financiación por el Sistema Nacional de Salud y cuál será el precio de éstos, sin perjuicio, claro está, de las competencias de ejecución de las CCAA¹¹⁷.

Para la cobertura del gasto, es necesario que las oficinas de farmacia proporcionen la información, según establece el artículo 33.3 de la Ley 16/2003, a través de los colegios profesionales¹¹⁸ y de su Consejo General¹¹⁹.

Así las cosas, podemos afirmar que los fines que justifican el tratamiento de los datos son, por un lado, la transmisión a la administración autonómica, que es la obligada al pago del gasto farmacéutico para que lo abone a las oficinas de farmacia por medio del colegio profesional. En este caso, se maneja información personal y al respecto se pronuncia la APD, en tanto en cuanto concluye con que la transmisión de información entre los Colegios Oficiales de Farmacia y la Administración sanitaria es una cesión de datos¹²⁰.

¹¹² «En el marco de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, el Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, establecerá los criterios generales y comunes para el desarrollo de la colaboración de las oficinas de farmacia, por medio de conciertos que garanticen a los ciudadanos la dispensación en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional, independientemente de su Comunidad Autónoma de residencia.

Se tenderá a la dispensación individualizada de medicamentos y a la implantación de la receta electrónica, en cuyo desarrollo participarán las organizaciones colegiales médica y farmacéutica».

¹¹³ «Las oficinas de farmacia colaborarán con el Sistema Nacional de Salud en el desempeño de la prestación farmacéutica a fin de garantizar el uso racional del medicamento. Para ello los farmacéuticos actuarán coordinadamente con los médicos y otros profesionales sanitarios».

¹¹⁴ Artículo 33.2: «En el marco de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, el Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, establecerá los criterios generales y comunes para el desarrollo de la colaboración de las oficinas de farmacia, por medio de conciertos que garanticen a los ciudadanos la dispensación en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional, independientemente de su Comunidad Autónoma de residencia.

Se tenderá a la dispensación individualizada de medicamentos y a la implantación de la receta electrónica, en cuyo desarrollo participarán las organizaciones colegiales médica y farmacéutica».

¹¹⁵ Artículo 33.3: «Entre los criterios del apartado anterior se definirán los datos básicos de farmacia, para la gestión por medios informáticos de la información necesaria para el desempeño de las actividades anteriormente mencionadas y para la colaboración con las estructuras asistenciales del Sistema Nacional de Salud. Se ajustarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y a las especificaciones establecidas por los servicios de salud de las Comunidades Autónomas».

¹¹⁶ «Las oficinas de farmacia, como establecimientos sanitarios que son, colaborarán a los fines de esta Ley para garantizar el uso racional de los medicamentos en la atención primaria a la salud».

¹¹⁷ «Corresponde al Ministerio de Sanidad y Consumo el ejercicio de las competencias del Estado en materia de evaluación, registro, autorización, vigilancia y control de los medicamentos de uso humano y veterinario y de los productos sanitarios, así como la decisión sobre su financiación pública y la fijación del precio correspondiente [...]».

¹¹⁸ Artículo 5 de la Ley de Colegios Profesionales.

¹¹⁹ Artículo 9 de la Ley de colegios profesionales.

¹²⁰ «[...] En lo que se refiere a las actuaciones que, en virtud del Concierto, deben realizar los Colegios Oficiales de Farmacéuticos en el proceso de facturación de las recetas y de la grabación de los datos necesarios para el correcto control de la prestación farmacéutica, deben tenerse en cuenta las previsiones del art. 97 LM.

En relación a la concreta información personal del farmacéutico dispensador, merece hacer mención a la Resolución de la APD recaída en virtud de la denuncia presentada por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Asturias¹²¹. Los hechos traen causa de la aparición en el Diario «La Nueva España» de 14 de mayo de 2006, de un artículo titulado «87 boticas asturianas facturan más de un millón de euros en medicamentos con receta». El artículo pone al descubierto la facturación de las oficinas de farmacia del Principado de Asturias clasificadas por municipio. Si bien, la información

De dicho precepto, que regula la colaboración farmacias-Sistema Nacional de Salud, cabe destacar lo siguiente: la calificación de las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios, el deber de colaboración que se les impone para garantizar el uso racional de los medicamentos y la posibilidad de ser objeto de concertación en cuestiones distintas a las obligaciones legales, que se les imponen.

Por su parte, la Ley 21/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (LCP) configura a estas Corporaciones como de Derecho Público, y les atribuye la representación de la profesión y el ejercicio de las funciones que les sean encomendadas por la Administración. Por último, la LCP regula los Consejos Generales de los Colegios como Corporaciones de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad. Entre sus funciones incluye las de los propios colegios, en cuanto tengan ámbito o repercusión nacional (arts. 1, 5 y 9 LCP).

Atendiendo a las normas citadas debe estimarse que las actuaciones que el Concierto exige de los Colegios Profesionales en relación al tratamiento automatizado de datos personales contenidos en las recetas, constituye un supuesto de cesión de datos entre administraciones públicas regulado por el art. 19 de la LORTAD. En el caso presente, dicha cesión es legalmente posible dado que no se realiza para el desempeño de competencias diferentes o que versen sobre materias distintas, pues todas ellas se refieren a la facturación de recetas y al control de la prestación farmacéutica [...]. Citada por el informe 126/03 sobre «Tratamiento de datos de facturación de farmacias por los Colegios y el Consejo General». Disponible en la URL: <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes>

_juridicos/otras_cuestiones/common/pdfs/2003-0126_Tratamiento-de-datos-de-facturaci-oo-n-de-farmacias-por-los-Colegios-y-el-Consejo-General.pdf [Con acceso el 1.9.2010].

Si bien, la propia APD precisa la circunstancia de que desde el momento en que se dictó esta Resolución hasta el momento se han ido produciendo las transferencias de las competencias desde el INSALUD a las CCAA, por lo que la regulación de la prestación sanitaria y farmacéutica se han visto sensiblemente modificadas.

¹²¹ Resolución de archivo de actuaciones recaída en el Expediente E/00688/2007. Disponible en la URL: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/archivo_actuaciones/archivo_actuaciones_2007/common/pdfs/E-00688-2007_Resolucion-de-fecha-17-07-2007_Art-ii-culo-1-LOPD.pdf [Con acceso el 1.9.2010].

aparentemente puede ser considerada anónima, por lo menos, en los supuestos en los que sólo existía una farmacia por municipio, su titular es fácilmente identificable.

El Colegio Oficial de Farmacéuticos de Asturias considera que esta información sólo ha podido ser extraída del fichero «Gestión prestación farmacéutica TAIR» cuyo responsable del tratamiento es la administración autonómica competente en esta materia.

La APD concluye con que la protección otorgada por la LOPD no ampara a las personas jurídicas, y por extensión a los profesionales que organicen su actividad en forma de empresa y lo mismo sucederá con los empresarios individuales que ejerzan una actividad comercial, de modo que sus datos sean tratados en su consideración de empresarios¹²². Por lo tanto, en este caso, la APD sostiene que «[...] al tratarse de datos de empresarios farmacéuticos, asociados a su ámbito profesional,

¹²² La APD encuentra apoyatura de su argumentación en las resoluciones judiciales. En concreto cita en su resolución: «[...] La Sentencia de la Audiencia Nacional, de 27/de abril de 2005, establece que: “La protección que otorga la Ley Orgánica 15/1999, al igual que la antigua LO. 5/1992, se refiere a los datos de carácter personal de las personas físicas, como se desprende de los artículos 1 y 2 de la citada LOPD, ahora bien, como dice acertadamente el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, ello no puede llevarnos a la conclusión de que los empresarios individuales y profesionales están en su conjunto excluidos de la LOPD, sino que es preciso diferenciar los datos que se refieran a su vida privada o personal de la empresa o profesional, pues solo en el primer caso cabe aplicar la protección de la L.O. 5/1992.”

En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 29 de marzo de 2006 concreta que: “se hace necesario diferenciar (y la línea divisoria es confusa y difusa) cuando un dato del empresario o profesional se refiere a la vida privada de la persona y cuando a la empresa o profesión, pues solo en el primer caso cabe aplicar la protección de la LO 15/1999. Labor de diferenciación a la que cabe aplicar dos criterios distintos y complementarios: Uno, el criterio objetivo de la clase y la naturaleza de los datos tratados, según estén en conexión y se refieran a una esfera (la íntima y personal) o a otra (la profesional) de la actividad. Otro, el de la finalidad del tratamiento y circunstancias en que éste se desarrolla, criterio éste que operaría en aquellos casos en que alguno de los datos profesionales coincida con los particulares (por Ej. coincidencia de domicilio privado con el de la empresa, o cuando no se pueda acreditar si una deuda es de la empresa o si es personal del interesado).” [...]». Resolución de archivo de actuaciones recaída en el Expediente E/00688/2007. Disponible en la URL: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/archivo_actuaciones/archivo_actuaciones_2007/common/pdfs/E-00688-2007_Resolucion-de-fecha-17-07-2007_Art-ii-culo-1-LOPD.pdf [Con acceso el 1.9.2010].

en concreto, a su oficina de farmacia, no procede aplicar la LOPD»¹²³.

Además de la finalidad del tratamiento a la que nos hemos referido, es decir, el abono del gasto habido a la oficina de farmacia, por otro lado, existe otra obligación que es la de ceder a la administración estatal los datos que hacen referencia al consumo y al gasto farmacéutico para garantizar el uso racional del medicamento. No obstante, en este caso se transmitirá la información disociada, puesto que la normativa al efecto hace mención a la información agregada que resulte del procesamiento de las recetas y su transmisión de este modo a las administraciones que tengan la responsabilidad en la gestión de la prestación farmacéutica¹²⁴.

A efectos ilustrativos de lo anterior cabe hacer mención a la Resolución de la APD sobre la cesión sin consentimiento habilitado por un acuerdo entre el Consejo General de Farmacia y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia, por

¹²³ Resolución de archivo de actuaciones recaída en el Expediente E/00688/2007. Disponible en la URL: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/archivo_actuaciones/archivo_actuaciones_2007/common/pdfs/E-00688-2007_Resolucion-de-fecha-17-07-2007_Art-ii-culo-1-LOPD.pdf [Con acceso el 1.9.2010].

¹²⁴ Artículo 97 de la Ley 29/2006: «1. La información agregada resultante del procesamiento de las recetas del Sistema Nacional de Salud, incluyendo las de la Mutualidad de Funcionarios de la Administración Civil del Estado (MUFACE), las de la Mutualidad General Judicial (MUGEJU) y las del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), es de dominio público, salvando siempre la confidencialidad de la asistencia sanitaria y de los datos comerciales de empresas individualizadas. Su gestión corresponde a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial y a la Administración General del Estado en la información del conjunto del Sistema Nacional de Salud.

Lo establecido en el párrafo anterior será, asimismo, de aplicación a la información relativa a las compras de medicamentos y de productos sanitarios realizadas a través de los correspondientes servicios de farmacia por los hospitales del Sistema Nacional de Salud.

2. La información agregada resultante del procesamiento de las recetas a que se refiere el apartado anterior será tratada y remitida en formato electrónico por los organismos responsables del mismo.

El Gobierno, mediante real decreto, establecerá el procedimiento de remisión de la información a las administraciones responsables de la gestión de la prestación farmacéutica de forma que permita aplicar a la factura mensual de cada oficina de farmacia, por recetas de medicamentos de uso humano fabricados industrialmente con cargo a fondos públicos de las Comunidades Autónomas y del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, MUFACE, ISFAS y MUGEJU, una escala conjunta de deducción sobre los márgenes aplicables».

el cual, éste último remitirá los ficheros de facturación de las farmacias de esta Comunidad Autónoma¹²⁵. Así, en el seno de este acuerdo, desde el colegio profesional se remite previa petición del Consejo General de Farmacia con carácter mensual, «un fichero con la facturación mensual realizada al SMS, fichero disociado que no contenga información personal de ningún tipo y distorsionando el número de farmacia con el fin de que sea irreconocible. Todo ello con el fin de que se pueda disponer de información agregada a nivel nacional»¹²⁶.

La cobertura legal de dicha cesión se encuentra en lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Ley 29/2006, en tanto que establece la obligación de las farmacias de colaborar con el Sistema Nacional de Salud en la prestación farmacéutica con el objetivo de garantizar el uso racional del medicamento. Del mismo modo, el artículo 97.1 de la Ley 29/2006, establece el carácter público de la información agregada que resulte de procesar las recetas del Sistema Nacional de Salud.

En el concreto supuesto planteado, la APD constata que la empresa que procesa las recetas para el Colegio de Farmacéuticos de la Región de Murcia elabora un CD-ROM con la información dirigida al Consejo General de Farmacia, conteniendo exclusivamente «[...] los datos de los códigos de medicamentos dispensados y sus unidades, figurando distorsionado el código de farmacia [...]»¹²⁷. En consecuencia, la APD acertadamente deduce que el fichero referido no contiene información personal, ya que previamente se ha disociado, en concreto, se ha eliminado cualquier referencia al paciente y al médico.

Considerando que en virtud de lo dispuesto por el artículo 3.f de la LOPD ésta no resulta aplicable a los datos disociados, entendiendo por ellos los que no

¹²⁵ Resolución de archivo de actuaciones recaída en el expediente E/00125/2005. Disponible en la URL: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/archivo_actuaciones/archivo_actuaciones_2007/common/pdfs/e-00125-2005_resolucion-de-fecha-12-12-2007_art-ii-culo-2.1-LOPD.pdf [Con acceso el 1.9.2010].

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Resolución de archivo de actuaciones recaída en el expediente E/00125/2005. Disponible en la URL: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/archivo_actuaciones/archivo_actuaciones_2007/common/pdfs/e-00125-2005_resolucion-de-fecha-12-12-2007_art-ii-culo-2.1-LOPD.pdf [Con acceso el 1.9.2010].

pueden ser asociados a persona identificada o identificable, se concluye con que los datos que se incorporan al fichero de facturación no están vinculados en modo alguno al médico prescriptor ni al farmacéutico dispensador, es más, si acaso la asociación con el individuo requeriría «[...] un esfuerzo desproporcionado que sea suficiente para disuadir a quien accede al dato de la identificación de la persona a la que el mismo se refiere [...]»¹²⁸. Por lo tanto, no pueden entenderse aplicables en este caso las normas que protegen la información de carácter personal.

En relación al carácter público o privado de los ficheros que manejan con los fines expuestos los colegios profesionales o el Consejo General, la APD ha reiterado en numerosas ocasiones que «[...] los colegios profesionales ejercen auténticas potestades de derecho público bien por expresa atribución del legislador bien por delegación o desconcentración a las mismas de dichas potestades [...]»¹²⁹. Así se deriva de la propia Ley 2/1974 de regulación de los Colegios Profesionales cuyo artículo 1.3 les atribuye como una de sus finalidades «la ordenación del ejercicio de las profesiones». Siendo como es esta finalidad de carácter público, ejerciendo potestades administrativas y constituyendo sus decisiones actos administrativos, no podemos sino extraer como conclusión el carácter público de esta tipología de ficheros.

La misma conclusión se deriva de las resoluciones jurisprudenciales sobre esta materia¹³⁰, por

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ «[...] De ello no cabe sino concluir que la naturaleza de los colegios profesionales es la de ente de derecho público equiparable, al menos en lo referente al ejercicio de las potestades administrativas que expresamente le atribuye el legislador, a las Administraciones Públicas Territoriales. Ello se funda en el hecho de que, según se desprende de la jurisprudencia referenciada los colegios profesionales ejercen dichas competencias bien por expresa atribución del legislador, siendo así que la competencia originaria para el ejercicio de potestades administrativas sólo puede encomendarse a Administraciones Públicas, bien por delegación o desconcentración de la Administración tutelante, dado que las mismas no podrían tener lugar a favor de quien no ostenta la naturaleza de Administración Pública [...]». Informe Jurídico 0126/2003. Disponible en la URL: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/otras_cuestiones/common/pdfs/2003-0126_Tratamiento-de-datos-de-facturaci-oo-n-de-farmacias-por-los-Colegios-y-el-Consejo-General.pdf [Con acceso el 1.9.2010].

¹³⁰ La APD refuerza con ello su argumentación en el Informe Jurídico 0126/2003: «[...] la tesis que se ha venido indicando resulta asimismo confirmada por la jurisprudencia del

lo que no cabe sino llegar a la conclusión a la que llega la APD al afirmar que «[...] los ficheros creados o gestionados por los Colegios Profesionales o sus Consejos para el ejercicio de las potestades a las que se ha venido haciendo referencia se encontrarán sometidos al régimen de los ficheros de titularidad pública, contenido en los artículos 20 y siguientes de la Ley Orgánica»¹³¹.

IV. FUTURO DE LA E-RECETA.

El futuro de la e-receta es cooperar a la consecución de la *e-health* común, lo que vendría en llamarse un espacio sanitario común¹³². España es el país de referencia por ser el que más ha avanzado en la implantación de la e-receta¹³³. El escollo

Tribunal Supremo, bien por el hecho mismo de que su Sala Tercera ha venido ininterrumpidamente conociendo de los recursos planteados contra los actos dictados por los órganos de los Colegios, bien por el análisis efectuado por la Sala Primera cuando ante la misma se han planteado recursos de casación referentes a actos emanados de los órganos colegiales.

En este punto, y sin ánimo de resultar en exceso exhaustivos, la Sentencia de 28 de septiembre de 1998 (Ar. 1998\7289) recuerda en su único Fundamento de derecho que los Colegios Profesionales "tienen facultades de autoadministración sobre sus miembros y sus decisiones están sujetas al control jurisdiccional que es el contencioso-administrativo cuando se trata de defensa de la corporación, constitución de sus órganos, régimen electoral, decisiones sobre colegiación y disciplina, así como los actos de aprobación de presupuestos".

En el mismo sentido, la Sentencia del Alto Tribunal de 26 de noviembre de 1998 (Ar. 1998\8758), tras recordar la naturaleza dual de los Colegios Profesionales indica claramente que los mismos "desarrollan, a la par, una serie de actividades propias de un ámbito de derecho público, de servicio público e interés general, y otras de orden privado restringidas a su relación interna con los integrantes de las corporaciones y que carecen de toda eficacia externa o pública". Así reiterando la jurisprudencia citada, la sentencia concluye que "en los temas que versen, entre otros, sobre defensa de la corporación, constitución de sus órganos, régimen electoral, decisiones sobre colegiación y disciplina, por su evidente matiz de derecho público, (los Colegios) están sujetos al control jurisdiccional del orden contencioso-administrativo" [...].

¹³¹ Informe Jurídico 0126/2003.

¹³² Proyecto EpSOS. Disponible en la URL: <http://www.epsos.eu/> [Con acceso el 1.9.2010].

¹³³ La situación actual en España de la e-receta es liderada por Andalucía con su proyecto Receta XXI, de modo que su implantación es plena en todos los centros de salud dependientes del Servicio Andaluz de Salud. Un gran grado de implantación es el logrado por el Servicio Balear de Salud. Del mismo modo la Comunidad Valenciana, País Vasco, Cataluña, Canarias, Galicia y Extremadura están avanzando en el despliegue de la e-receta en sus centros sanitarios y farmacias. Aragón y Castilla la Mancha cuentan con proyectos piloto y

principal con el que nos encontramos, pese a esta ventaja, es que se ha desarrollado a nivel autonómico a distintos ritmos y de distinto modo, en vez de hacerse de modo centralizado. Esto ha provocado no sólo una implantación desigual, sino la carencia de la esencial homogeneidad técnica. Resultan dispares los sistemas de inclusión de los datos en las tarjetas de los pacientes y son diversos los protocolos de intercambio de datos en la red. Esto lleva al absurdo de vaciar de efectividad la mayor ventaja que se le presume a la e-receta, ya que en la práctica un paciente de una comunidad autónoma no puede acceder a la dispensación del medicamento en una farmacia perteneciente a otra región.

Por lo tanto, en la práctica, si bien aparentemente la implantación de la e-receta en España sigue un ritmo óptimo, no podemos afirmar lo mismo en cuanto a la interconexión de los distintos sistemas de la misma. Únicamente Cataluña y País Vasco han manifestado su intención de hacer interoperativos sus sistemas y Andalucía y Extremadura han rubricado un convenio para lograr dicha conexión.

No hay duda de que la e-receta supondrá una optimización de los recursos, una mejora en el uso racional del medicamento y un ahorro de tiempo para profesionales y pacientes. En relación a la protección de la intimidad del paciente y del resto de intervinientes en el circuito de la e-receta, habrá que ser sumamente escrupuloso en la observancia de la normativa de protección de datos, y de ello es consciente, como ya hemos apuntado, la que será nueva regulación de la e-receta cuando el Proyecto de Receta Médica y Orden Hospitalaria de Dispensación vea la luz.

Con todo, en lo referente a la salvaguarda de la intimidad del paciente, damos un paso más en la exposición de sus datos de salud, lo cual es inevitable según hemos tenido ocasión de abordar con motivo de la concepción de la nueva oficina de farmacia y en especial a causa de la efectiva puesta

en marcha de la atención farmacoterapéutica. Tal y como hemos sostenido, no es posible ésta sin el acceso a la historia clínica íntegra del paciente/cliente que visita la farmacia, por lo que a nuestro modo de ver la e-receta será un paso más para la historia clínica y farmacológica única por paciente albergada en el chip de su tarjeta de identificación sanitaria.

Sólo este sistema conseguirá la necesaria efectividad en el uso de los recursos, la racionalidad en el consumo de los medicamentos, logrará mejoras en el ámbito de la calidad asistencial, en la accesibilidad del paciente y en la seguridad en el uso del medicamento sin que se vulnere la indispensable confidencialidad de los datos de los intervinientes en el proceso prescripción-dispensación-facturación de las recetas.

Madrid está en fase de mejora tras finalizar su piloto, y por su parte, Cantabria, Navarra, Murcia, Ceuta y Melilla están en preparación de la fase de pilotaje. Podríamos afirmar que Comunidades como Andalucía, Extremadura, Canarias, Valencia y Baleares han implantado la e-receta en la práctica mayoría de las farmacias mientras que Cataluña, Galicia, Castilla-La Mancha y País Vasco cuentan con un desarrollo medio, y el resto cuentan con proyectos incipientes.

CODEX ALIMENTARIUS, SEGURIDAD ALIMENTARIA Y ETIQUETADO DE ALIMENTOS.

Elena Mtz.-Zaporta Aréchaga

I. Introducción: algunas nociones previas. **II.** La Comunidad Económica Europea y la formación del *Codex Alimentarius*. **III.** Apuntes Históricos de la relación del consumidor con una incipiente Seguridad Alimentaria. **IV.** Legislación vigente y revisión conceptual. **V.** Información y Publicidad alimentaria. **VI.** Conclusiones. **VII.** Bibliografía.

Resumen: El Reglamento (CE) 178/2002 es el primero que contiene una definición de “legislación alimentaria” europea, y aunque es representativo del paso modernizador iniciado por el Libro Blanco de Seguridad Alimentaria, es realmente la cúspide de un proceso que se fue atendiendo más o menos favorablemente casi desde el origen de la UE. Sin menospreciar el gran impacto moral que supusieron las alarmas creadas con las crisis de las “vacas locas” o de las dioxinas, el reto actual es muy significativo, pues la carrera biotecnológica puede volver a desatar la caja de los truenos apostando por la rentabilidad, y relegando a un segundo plano al consumidor.

Palabras clave: Seguridad Alimentaria, Etiquetado, Declaraciones saludables, Consumidor, información y Derechos Fundamentales.

I. INTRODUCCIÓN: ALGUNAS NOCIONES PREVIAS.

La Organización Mundial de la Salud en Europa, ha definido las *intoxicaciones alimentarias* como¹: “*aquellas enfermedades que con los cono-*

cimientos y métodos actuales pueden ser atribuidos: (1) a un alimento específico, (2) a una sustancia en el alimento o recipiente, que hayan sido contaminados por organismos o sustancias patógenas, (3) o al particular modo de producir o elaborar el alimento (...)”.

Las intoxicaciones pueden ser debidas a la conducta de un sujeto particularmente responsable²

¹ GISBERT CALABUIG, “*Medicina Legal y Toxicología*”, Edit. VILLANUEVA CAÑADAS, E., 6ª Edic, 2004, Elsevier – Masson, Barcelona. Cap. 71 de GISBERT CALABUIG, J.A. y CASTELLANO ARROYO, M., p. 981.

² Sin perjuicio de que, dados los controles administrativos presentes hoy en la legislación, sería muy probable que de-

que, a sabiendas, introduzca productos prohibidos en la fabricación o conservación de sus productos de manera delictiva o fraudulenta, o por negligencia omitiendo algún control necesario para mantener la inocuidad alimentaria³. Pero lo más común es que el *suceso alimentario adverso*⁴ pueda prevverse evitando la contaminación del alimento⁵ y actuando directamente en las *fuentes* susceptibles de causarlo que son dos grandes grupos:

a) La contaminación biótica o por microorganismos, parásitos, virus, etc, que puede contrarrestarse con los Planes de vacunación masiva, y sacrificando -según Protocolos- a los animales muertos por la patología.

b) La contaminación abiótica o por cualquier contacto (absorción para los vegetales e ingesta en los animales) con productos químicos o radiactivos de diversa procedencia⁶, que ha sido objeto de una profusa legislación sobre tratamiento e incorporación a los métodos de fabricación, análisis antes de la salida de la fábrica y posteriormente antes de su entrega al consumidor, imposición de deberes o obligaciones administrativas como la de la mención de ingredientes y otros datos esenciales en el etiquetado, etc.

Pero no siempre ha sido así.

La tecnificación de los procesos industriales representada fundamentalmente por la adición de

pendiendo de la intensidad del control previsto para la actividad en cuestión, pueda responder subsidiariamente la Administración encargada de esa vigilancia.

³ Son supuestos de negligencia que conllevarán una responsabilidad civil, aquellos que dependen de: tipo de acción u omisión (no un error burdo y grave) y las consecuencias para la salud del consumidor (si puede provocar graves daños entonces se llevará a la vía penal). Pero estos son mucho menos frecuentes y se tratan de modo residual, siempre en descarte con respecto al delito.

⁴ La cursiva es nuestra.

⁵ Y por 'contaminación alimentaria' entendemos: "*el hecho y efecto de modificar adversamente las condiciones naturales y/o de salubridad de un sistema ecológico del que es beneficiario el hombre*". GIBBERT CALABUIG, J.A. y CASTELLANO ARROYO, M. Op. Cit. p. 981.

⁶ Siendo éstas: - "*Residuos procedentes de la contaminación ambiental, industrial y agrícola, tales como los plagicidas, los disolventes, los metales, los nitratos y otros. Todos pueden llegar al agua, a los vegetales y a los animales; - Medicamentos veterinarios y aditivos para la alimentación animal, como los antibióticos, los anabolizantes, etc; - Transformaciones tecnológicas y/o tratamientos culinarios. Este apartado, de gran trascendencia, incluye todos los aditivos utilizados como conservante*". GIBBERT CALABUIG, J.A. y CASTELLANO ARROYO, M. Op. Cit. p. 981.

la biotecnología y la investigación como herramienta productiva, la complejidad de los mercados alimentarios, las distintas fases que recorre el producto hasta llegar a nuestra mesa (susceptibles de causar transformaciones contaminantes), la competencia entre los distintos agentes que no olvidan cierta homogeneidad apriorística en la oferta y por ello planifican la necesidad de desmarcarse como objetivo de rentabilidad; supone la introducción de peligros y riesgos para la salud que deben de ser tratados⁷, y más aún cuando no hay fronteras en su comercialización (de ahí la ocupación a nivel internacional por estas cuestiones) pues: "*La alimentación es la única necesidad donde todos los seres, sin excepción, somos consumidores*⁸".

La evolución posterior, no obstante, ha conseguido un enfoque que supera la política de la prevención (de contaminaciones), y la ha complementado con un acervo de facultades conexas con los Derechos Fundamentales de la persona. A continuación exponemos cuáles son las razones y los prolegómenos del estado actual de la materia.

II. LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA Y LA FORMACIÓN DEL *CODEX ALIMENTARIUS*.

Hace muchos años que los alimentos no son concebidos como una simple mercancía, envuelta en obligaciones mercantiles, comprobaciones de calidad y complicadas reglamentaciones técnicas - dados los casos⁹ - que garanticen un buen uso.

La génesis de la cuestión se sitúa en la década de 1940 a 1950 en la que es posible observar "*acelerados progresos y descubrimientos en el ámbito*

⁷ El uso habitual de las aplicaciones biotecnológicas genera nuevos y desconocidos *síndromes alimentarios* que deben de prevenirse y atajarse lo más posible. Vid. también punto 65 del Libro Blanco COM (1999) 719 final. Public. el 12.01.2000.

⁸ DE LEÓN ARCE, A. "Políticas alimentarias y seguridad del consumidor". p. 81. En VARIOS, *Alimentación, consumo y salud*.

⁹ Valga como ejemplo, el de la adquisición de compleja maquinaria para las fábricas, o cualquier aparato que utilice la energía eléctrica para su funcionamiento: se debe cumplir con la normativa *ad hoc*, incluir el marcado CE -que será revisado a posteriori si se revela que el objeto en sí o alguno de sus elementos está dando fallos de seguridad- y pasar los controles de los Organismos de Normalización acreditados en el país de origen (que conocemos como Normas UNE).

de la ciencia y tecnología de los alimentos”, que serían paulatinamente incorporados en la producción, consolidándose así la recurrencia a la química y a la aplicación de los resultados de estudios microbiológicos. Ello no sólo llamó la atención de los científicos, quienes alertaron sobre la influencia que estas *prácticas mejoradas*¹⁰ pudieran tener sobre la salud de los destinatarios, sino también a las Autoridades estatales que impulsaron “la investigación sobre la naturaleza, propiedades y calidad en los alimentos¹¹”. Esto es, que se dejó de limitarse a sólo aquello que era “visible” para el consumidor como “peso insuficiente del contenido, variaciones en el tamaño, etiquetado engañoso y calidad deficiente”, para extenderse a lo “invisible” o “peligros para la salud que no podían percibirse con la vista, el olfato o el gusto”, tales como “microorganismos, restos de plaguicidas, contaminantes ambientales y aditivos alimentarios¹²”.

El gran número de operaciones transnacionales en que estaban implicados los alimentos dieron lugar al establecimiento de una Organización internacional, cual es la del *Codex Alimentarius*, que nació en 1960 con el encargo de armonizar o reglar las legislaciones de los Estados que quisieran participar, con la finalidad de garantizar que estos bienes de consumo cumplieran unos estándares seguros basados en exámenes técnico-científicos previos y contrastados para así favorecer los intercambios¹³. Este *Codex* supuso la primera reacción desde el derecho internacional para evitar los obs-

táculos comerciales fundados en estos peligros¹⁴ - perteneciendo a él todos los EEMM de la Unión desde el año 2003¹⁵-, debiéndose la iniciativa a los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Agricultura (FAO) y de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Un inicial *Comité Mixto FAO/OMS* dio lugar en noviembre de 1963 a la “Comisión del *Codex Alimentarius*” (programa único que debían de elaborar ambas dos organizaciones) “con el principal cometido de elaborar una normativa alimentaria internacional¹⁶”. En suma, el Código Alimentario (*Codex Alimentarius*) no es otra cosa que “el conjunto de normas, códigos de prácticas, directrices y otras recomendaciones” tendentes a la consecución de la inocuidad y calidad de los alimentos¹⁷ pues una economía globalizada, también es proclive a globalizar los problemas sanitarios.

No obstante, y pese a que la incorporación formal de la entonces Comunidad Europea ya hemos dicho que data de 2003, los Estados por su participación en la Comisión Mixta pudieron ir incorporando la agenda y los programas que se iban desarrollando¹⁸, lo que favoreció que la CE fuera incluyendo en las políticas alimentarias los “códigos de buenas prácticas, límites máximos de los

¹⁰ La cursiva es nuestra.

¹¹ RODRÍGUEZ FONT, M., *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos.* Tesis doctoral depositada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Gerona en marzo de 2006. [Publicada íntegramente por MARCIAL PONS, año 2007]. p. 53.

¹² Ibidem, p. 53, nota 104, palabras textuales que se encuentran en la p. 9 del documento: OMS/FAO: *Qué es el Codex Alimentarius*, Roma, 2005.

¹³ “Los métodos están estandarizados por organizaciones como la estadounidense *Food and Drug Administration (FDA)*, el Departamento Norteamericano de Agricultura (*USDA*), la Agencia de Protección Medioambiental (*EPA*), la Asociación Oficial de Químicos Analistas (*AOAC*), el Instituto de Tecnología Alimentaria (*IFT*), y la Asociación Nacional de Procesadores de Alimentos, y algunos Departamentos de Agricultura de determinados estados de los EEUU (como California, Florida y Tejas)”. P. 997. GISBERT CALABUIG, “Medicina Legal y Toxicología”, Op, cit. Cap. 72 de MARTÍNEZ JARRETA, B. y CASTELLANO ARROYO, M.

¹⁴ Que ya se habían planteado con anterioridad si bien a consecuencia de añadir toxinas a los alimentos de modo intencionado, y que había causado algunas asociaciones internacionales por sectores para la defensa de sus intereses, siendo la más significativa la Federación Internacional de la Lechería (*FIL*, año 1903), que incluso desempeñó un papel clave en los procedimientos para la elaboración de normas que se impuso el *Codex*. Vid. p. 53 y nota 112 de RODRÍGUEZ FONT, M. Op. Cit.

¹⁵ Decisión 2003/822/CE del Consejo de 17 de noviembre, relativa a la Adhesión de la Comunidad Europea a la Comisión del *Codex Alimentarius*.

¹⁶ Vid. el sitio web del *Codex Alimentarius*, http://www.codexalimentarius.net/web/index_es.jsp.

¹⁷ O también, las normas que determinan los “Sistemas de reglamentación pública de la inocuidad de los alimentos y la protección de los consumidores”. Vid. RODRÍGUEZ FONT, M. Op. Cit. p. 55, nota 117, en cuanto a los comentarios realizados sobre la existencia de varias definiciones, siendo unas más imprecisas que otras.

¹⁸ El Código Alimentario Español se aprobó por Decreto de 21 de septiembre de 1967, aunque no entró en vigor hasta el Decreto de 9 de agosto de 1974, siendo posteriormente modificado hasta el día de hoy. Según su artículo 1, éste consiste en: “un cuerpo orgánico de normas básicas y sistematizadas relativas a los alimentos, condimentos, estimulantes y bebidas, sus primeras materias correspondientes y, por extensión, a los productos, materias, utensilios y enseres de uso y consumo doméstico”.

aditivos, contaminantes, residuos de pesticidas y de drogas veterinarias¹⁹”, etc. Siendo además particularmente importante su participación en la contribución para crear la conciencia de que los alimentos estaban continuamente expuestos a contaminantes químicos como: “*materiales pesados, toxinas naturales como micotoxinas y biotoxinas marinas, los residuos fitosanitarios (plaguicidas y fármacos de uso veterinario), compuestos procedentes del envasado de los alimentos, hidrocarburos aromáticos policíclicos, compuestos nitrosados como las nitrosaminas y las dioxinas, etc.*”²⁰. Puede decirse que fue desde el principio una relación bidireccional fructífera, transmisora de conocimiento y práctica, y el “caldo de cultivo” de las políticas y actuaciones propias emprendidas por la Unión en su territorio, tanto para dar satisfacción a las empresas establecidas en los países miembros, como para lograr el compromiso asumido con sus ciudadanos.

Aún hoy la Unión sigue sirviéndose del *Codex* para intercambiar información y sugerencias, y participando en él activamente²¹.

III. APUNTES HISTÓRICOS DE LA RELACIÓN DEL CONSUMIDOR CON UNA INCIPIENTE SEGURIDAD ALIMENTARIA.

La Doctrina ha venido entendiendo que los principios del Derecho Alimentario en la UE se habían perfilado en el Tratado de Roma, y descansaban sobre la Libre Circulación de Mercancías y la Política Agraria Común (PAC). En estos enclaves la alusión al consumidor era breve y programática en cuanto que desde la PAC uno de los objetivos a cumplir era la de procurarle “*suministros a*

precios razonables”²², y desde la Libertad mencionada se habría que garantizar su “*libre elección*” y su “*necesaria información previa*”²³.

El primer avance en la materia se fija en las reuniones de los Ministros de Sanidad de los EEMM (1977) que desde 1984 se convocan regularmente y que condicionan que los temas de Salud Pública comiencen a tener relevancia en la Agenda de las políticas comunitarias, puesto que la creación de “*un espacio comunitario sin fronteras interiores producía no sólo efectos significativos en los intercambios económicos europeos, sino que, también, incrementaba, considerablemente los riesgos a los que se enfrentaba el ciudadano comunitario*”^{24, 25}. La STCE de 20 de febrero de 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, núm. 120/78, Rec. 1979, conocido como asunto “*Cassis de Dijon*”, determinó que era conforme a los Tratados “*obstaculizar los intercambios comerciales por motivos (...) de salud pública*”, que tuvo una influencia positiva, viéndose en ello un “*precedente significativo para la*

²² Tras la 2ª Guerra Mundial los países europeos habían sobrevivido a su propia hambruna, por lo que el único propósito a cumplir respecto a la alimentación, era el poder surtir a todos los ciudadanos de manera suficiente. Vid. DE LEÓN ARCE, A., Op. Cit. p. 84, donde se hace la siguiente reflexión: “*En los inicios de la construcción europea, la seguridad alimentaria era una preocupación y lo continúa siendo hoy, aunque con un cambio de perspectiva. En pocos años, el mercado común creado permitió dejar atrás el hambre y la escasez de alimentos. A esta situación se llega a través de la Política Agraria Común (PAC), la industrialización del sector agrícola y ganadero, la eliminación de fronteras arancelarias y fitosanitarias y, sobre todo, por el incremento del mercado y del consumo, imponiendo el interés económico por encima de la salud de los consumidores*”.

²³ CASTANG, C. “Política y Derecho Alimentario en la CEE”. Ponencia presentada en el Congreso de la Asociación internacional de Economía Alimentaria y Agroindustrial, Parma, mayo de 1992 (traducción, notas y bibliografía adicional. J Fuster).

²⁴ ALEXANDRA OANTA, G. *La política de seguridad alimentaria en la Unión Europea*. Tirant, 2007, Valencia. P. 38.

²⁵ En 1978 se celebró un Simposio amparado por la OMS sobre “Alimentos y Cáncer” en donde se concluiría “*que el origen de la patología producida por los alimentos tiene el siguiente orden de frecuencia: 1. El 90% tiene origen microbiano. 2. Un 9% se corresponde con desequilibrios nutritivos. 3. El 0.1% se debe a los tóxicos naturales presentes en los alimentos. 4. Finalmente, el 0,09% está en relación con los aditivos alimentarios*”. GISBERT CALABUIG, J.A. y CASTELLANO ARROYO, M., Cap. 71, “Intoxicación por alimentos”, en *Medicina Legal y Toxicología*, Op. Cit. p. 981.

¹⁹ MARTÍNEZ JARRETA, B. y CASTELLANO ARROYO, M. en GISBERT CALABUIG, *Medicina Legal y toxicología*, Op. Cit. p. 997. Son muchas las ocasiones en las que la política de la Unión se remite al *Codex*. Por ejemplo, para la elaboración de los procesos sobre Análisis de Peligros y Puntos de Control Críticos (APPCC), que fueron precisados a principios de los años 90 y que son obligatorios para la mayoría de las industrias alimentarias.

²⁰ *Ibidem*, p. 997.

²¹ Lo que la Doctrina califica de *soft law*. En materia sanitaria tendría esta consideración “*las recomendaciones internacionales como las que se derivan de la Comisión del Codex Alimentarius, y a las que se remiten los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio*”. RECUERDA GIRELA, M.A. *Seguridad alimentaria y nuevos alimentos*. Aranzadi, Pamplona, 2006. p. 37.

consecución del objetivo de protección alimentaria en la UE²⁶”. Efectivamente el art. 129.1 TCE atribuía a la Comunidad la contribución “a la consecución de un alto nivel de protección y de salud humana”, y un año antes en 1991, la Resolución del Consejo de 11 de noviembre era el primer documento en el que se trata de la integración de la Política de Salud pública en las demás políticas y acciones comunitarias, a los que siguieron los Informes de 1994, 1995 y 1996 “en los que se ofrecía una visión de conjunto de las políticas comunitarias que tenían una influencia directa sobre la salud y, por otro lado, enseñaban las modalidades de aplicación de la base jurídica contenida por el art. 129.1 TCE²⁷”. Sin embargo no fue hasta el TUE que se cristalizó la diferencia entre la Política de Protección de los Consumidores y la de la Salud Pública²⁸. De este modo, aparecieron reguladas como dos “políticas²⁹ distintas, [y] contenidas en el art. 129 TCE (Política de Salud Pública) y en el art. 129 A (Política de protección de los Consumidores)³⁰”. Posteriormente el Tratado de Amsterdam sitúa a la primera en el art. 152 CE, y actualmente se encuentra en el art. 168 TFUE.

Hasta aquí la *aproximación indirecta*³¹ a la seguridad alimentaria, que tiene sentido en cuanto al énfasis que ésta dota a la protección de la salud desde una perspectiva global³², pero que se debe

²⁶ ALEXANDRA OANTA, G. Op. Cit., p. 38 y nota 11.

²⁷ Ibidem, p.p. 40 y 41.

²⁸ Ésta al estar planteada de un modo amplio, también daba cobertura a las medidas de protección de los trabajadores y a la calidad del medioambiente, de manera que había demasiada dispersión como para poder centrarse en un capítulo concreto.

²⁹ Aclara ALEXANDRA OANTA, en la p. 45 que hay doctrina que piensa que aún tras el Tratado de Maastrich no podía sostenerse que la Salud Pública fuese una “política”, sino tan solo (con base en el art. 3.1 o) y el art. 121 TCE, que aquella “constituía una mera acción comunitaria destinada a contribuir al logro de un alto nivel de protección de la salud”. Sin embargo, no deben de olvidarse los programas y acciones emprendidas en lo relativo al cáncer, el SIDA y otras enfermedades transmisibles, así como respecto de las toxicomanías, y la “adopción de algunas medidas de carácter horizontal”.

³⁰ Ibidem, p. 43. Añade la autora que: “Consideramos que la diferencia fundamental entre estas políticas residía, en aquellos años, en el hecho de que mientras la primera no permitía la adopción de medidas legales de armonización comunitaria, la segunda sí que lo posibilitaba”.

³¹ Ibidem, p. 62.

³² A las políticas particulares y programas de cada Estado Miembro, se une la visión de la Comunidad que promete y acaba instaurando unas directrices propias, que asimismo se-

complementar con otra iniciativa [política] en la que el sujeto central sea el consumidor para alcanzar una perspectiva más localizada.

El camino emprendido en el sentido que acabamos de mencionar, se gesta en la Cumbre de abril de 1975³³ en el que se presenta el “Programa Preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores, en el que se reconocía que la mejora de las condiciones de vida estaba íntimamente relacionada con las actividades desarrolladas por la Comunidad para la protección de la salud, de la seguridad y de los intereses económicos del consumidor, y que, para ello requerían la aplicación de una Política de protección e información del consumidor³⁴”. Sus hitos son: la novedosa confección de una “Carta de Derechos de los Consumidores³⁵” y el Plan de acción “para garantizar una mejor protección de éstos en toda la Comunidad en aquella época³⁶”, que sin embargo aún no consigue superar el interés predominante de hacer efectiva la Libre Circula-

rán de adopción obligatoria para los Miembros. A mayor abundamiento, ha de recordarse que “La función de protección de la salud pública [en la que se enmarca claramente la seguridad alimentaria], constituye una de las dos vertientes en que se desgana el encargo constitucional impuesto a los poderes públicos de velar y proteger el derecho a la salud de todos los ciudadanos”, y que en España se encuentra recogido en el art. 43 de la Constitución. P. 23, RECUERDA GIRELA, M.A. Op, cit.

³³ Es la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores (DO C 92 de 25.04.1975), y en donde se aprueban “los principios, los objetivos y la descripción general e las acciones que deban emprenderse a escala comunitaria”, y recogiendo “los distintos sectores que guardaban relación con la salud y seguridad humanas y que tenían que aparecer en una acción destinada a la protección de los consumidores: productos alimenticios y plagicidas (adoptándose varias Directivas que contienen listas de sustancias autorizadas y criterios de pureza, las cuales nos hemos referido en nuestra Nota 14), productos de uso veterinario y de nutrición”, que asimismo también dieron lugar a una serie de Directivas sobre veterinaria, normas de higiene para el comercio intracomunitario de carne fresca, carnes de ave, productos cárnicos, etc). Ibidem, p. 65, nota 84.

³⁴ Ibidem, p. 64.

³⁵ Hay 5 categorías de Derechos atribuibles a este consumidor: “el derecho a la protección de la salud y la seguridad, el derecho a la protección de los intereses económicos, el derecho a la indemnización de los daños, el derecho a la información y a la educación, y el derecho a la representación”. Ibidem, p. 65.

³⁶ Ibidem, p. 65.

ción de Mercancías frente al que ostente el consumidor frente a ella. Éste Programa fue seguido de:

- El 22 de diciembre de 1980, se adopta la Directiva 80/1335/CEE de la Comisión (primera Directiva), sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a los métodos de análisis necesarios para el control de la composición de los productos cosméticos (DO L 383 de 31.12. 1980).

- La Resolución del Consejo, de 19 de mayo de 1981 (DO C 133 de 03.06.1981), sobre un segundo programa de la CEE para una política de protección e información de los consumidores, “*eliminar el carácter preliminar*” del anterior (fue por tanto, *el primer verdadero Programa adoptado en este campo*³⁷), y lo actualizó para el período comprendido entre 1981 – 1986.

- En 1983 a petición de Grecia, comenzaron las reuniones periódicas de los Ministros de los EEMM dedicados al Consumo, momento en que se hace “*hincapié en la necesidad de crear una acción comunitaria en el campo de la protección de los consumidores*”³⁸.

- En 1986 con el Acta Única Europea se incorpora (aunque no se define) la noción de “consumidor” en el TCEE, y que “*sentó las bases de un reconocimiento jurídico futuro, que tendrá lugar más tarde, a comienzos de la década de los noventa*”³⁹.

- No obstante, aunque en Maastrich no hay una progresión generosa en este ámbito, es destacable la adopción de la Directiva 92/59/CEE sobre la seguridad general de los productos, de 29 de junio, DO L 228 de 11.08.1992, la cual “*es aplicable en todos aquellos supuestos en los que no existen disposiciones más específicas al respecto en otra Directiva*”⁴⁰. Aunque es una disposición limitada e insuficiente, tiene el mérito de venir a consagrar un interés especial para la creación de una “*normativa horizontal, aplicable a escala comunitaria, relativa a la introducción de una obligación general de seguridad de los productos*”⁴¹, entendiéndose que

la evaluación de esta seguridad debía hacerse “*desde la óptica de la salud y la seguridad alimentaria del consumidor*”⁴².

- Actualmente la regulación de la Protección de los Consumidores se encuentra en el art. 169 TFUE (que sustituye al 153 TCE).

IV. LEGISLACIÓN VIGENTE Y REVISIÓN CONCEPTUAL.

El mayor desarrollo del Derecho Alimentario comunitario ha tenido lugar tras las grandes “crisis alimentarias”: la Encelopatía Espongiforme Bobina (EEB), la contaminación por dioxina, y un poco más tarde la Fiebre Aftosa y la Gripe Aviar. Tales sucesos revelaron la debilidad del consumidor frente a la industria alimentaria, y se encontró la solución de recurrir a mecanismos de intervención pública en el sector de los alimentos a través de técnicas de policía administrativa, que iban a ser repartidas entre los Estados y la propia CE, a través de la armonización⁴³ y mediante normas de ámbito general y aplicación directa (Reglamentos).

Así aun inmersa en la crisis del “*mal de las vacas locas*” la Comisión Europea publica el 30 de abril de 1997 el Libro Verde sobre los principios generales de la legislación alimentaria de la UE⁴⁴ y la Comunicación de la Comisión sobre salud del consumidor y seguridad alimentaria⁴⁵. Con ello se pretendía: a) Delimitar una adecuada Política comunitaria en este ámbito; b) Crear un cuerpo legislativo diferenciado; c) Informar sobre las acciones sobre la obtención y la utilización del asesoramiento científico; d) “*Gestionar los servicios de control y de inspección alimentarios, veterinarios y fitosanitarios*”⁴⁶. En coherencia con la finalidad de los

⁴² Ibidem, p. 73.

⁴³ Si bien sí existe alguna legislación sectorial (que tomó la forma de Directiva) sobre colorantes, conservantes, antioxidantes y otros aditivos, adoptada con base en el art. 100 del Tratado de Roma, que habían comenzado a aparecer desde 1962, posteriormente se advierte la necesidad de deberse obtener un “marco normativo único”. Así por ejemplo, y en en cuanto al caso mencionado, tras el Acta Única de 1985, la Comisión se propuso establecer un esquema general relativo a la utilización de los citados aditivos, bajo la forma de una Directiva «marco», que fue adoptada en 1989 (Directiva 89/107/CEE). CASTANG, C. Op. Cit. p. 68.

⁴⁴ COM (97) 176 final.

⁴⁵ COM (97) 183 final.

⁴⁶ ALEXANDRA OANTA, G. Op. Cit. p. 298.

³⁷ Ibidem, p. 66.

³⁸ Ibidem, p. 66.

³⁹ Ibidem, p. 67.

⁴⁰ Ibidem, p. 70 y nota 98, que menciona que fue modificada por la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 3 de diciembre de 2001 (DO L 11 de 15.01.2002).

⁴¹ Ibidem, p. 72.

Libros Verdes, se publicaron los resultados en el posterior Libro Blanco sobre Seguridad Alimentaria⁴⁷, el cual dice en su introducción:

“El éxito de las medidas propuestas en este Libro Blanco está ligado intrínsecamente al apoyo del Parlamento Europeo y del Consejo. Su puesta en práctica dependerá del compromiso de los Estados miembros. El Libro Blanco invita asimismo a la participación activa de todos los integrantes del sector alimentario, primeros responsables de la aplicación cotidiana de los requisitos en materia de seguridad alimentaria”.

Se abre el Libro con una Introducción y le sigue un Capítulo sobre los Principios que contiene la reafirmación del peso específico de la Comunidad en el entorno internacional⁴⁸. Se confeccionan un total de ocho capítulos y uno más para las conclusiones, y representa el verdadero impulso modernizador en la materia. Son sus principales aportaciones:

1. Se dota de consistencia formal al concepto de *Cadena alimentaria* tanto para animales como para humanos, a través de lo que se denomina **“política «de la granja al consumidor»**”, abarcando los segmentos de: *“la producción de alimentos para animales, la producción primaria, la transformación de los alimentos, el almacenamiento, el transporte y la venta minorista”*. Y en lo que se sustenta el principio de responsabilidad compartida⁴⁹.

⁴⁷ COM (1999) 719 final, Bruselas 12.1.2000.

⁴⁸ Punto 2: *“El sector agroalimentario tiene gran importancia en el conjunto de la economía europea. La industria productora de alimentos y bebidas es uno de los sectores industriales más destacados de la UE, con una producción anual valorada en casi 600 000 millones de €, es decir, cerca del 15 % de la producción industrial total. Una comparación internacional muestra que la UE es el mayor productor mundial de productos alimenticios y bebidas. Esta industria es el tercer mayor empleador en el sector industrial, y ocupa a más de 2,6 millones de empleados, un 30 % de los cuales trabajan en pequeñas y medianas empresas. Por otro lado, el sector agrícola tiene una producción anual de cerca de 220 000 millones de € y proporciona el equivalente a 7,5 millones de puestos de trabajo a tiempo completo. Las exportaciones de productos alimenticios y bebidas ascienden a 50 000 millones de € al año. La importancia económica y la ubicuidad de los alimentos en nuestra vida sugieren que la seguridad alimentaria ha de ser uno de los principales intereses del conjunto de la sociedad y, especialmente, de los poderes públicos y de los productores del sector”.*

⁴⁹ Punto 9. Cap. I. *“Conviene definir con claridad los papeles de cada uno de los participantes en la cadena alimentaria (fabricantes de alimentos para animales, agricultores,*

2. Los pilares técnicos de la propuesta son: (1) la normativa para la consecución de una adecuada rastreabilidad (trazabilidad) del producto (de manera que sea posible determinar su origen sea cual sea la fase posterior en la que es necesaria); (2) los estudios científicos para el análisis del riesgo⁵⁰; (3) regulación de la función inspectora y de control que será ejercida conjuntamente y en el marco de sus competencias tanto por los Estados Miembros como por Comisión (y entre aquéllos en régimen de cooperación administrativa⁵¹), añadiendo un sistema de comunicación de adversidades eficaz para el caso de detectar alertas o riesgos (y nuevas crisis alimentarias) que se espera sea lo más ágil posible.

3. Se impone el principio de precaución.

4. Se establecen las bases para la creación de una Autoridad Alimentaria que recaerá en la EFTA (siglas en inglés de la Agencia Europea de Sanidad Alimentaria), a la que podrán acudir las empresas para adoptar aquellas medidas que refuercen la seguridad de sus alimentos en los casos expresamente previstos (asesoramiento científico), pero con la especial encomienda de obtener elevados niveles de seguridad para los consumidores.

5. Uno de los objetivos primordiales es la de facilitar al consumidor una información veraz, no

productores o manipuladores de alimentos destinados al consumo humano; autoridades competentes en los Estados miembros y en terceros países; Comisión; consumidores): los primeros son los responsables principales de la seguridad alimentaria; las autoridades competentes controlan y garantizan el cumplimiento de esta obligación a través de los sistemas nacionales de vigilancia y control, y la Comisión se centra en la evaluación de la capacidad de las autoridades competentes para proporcionar estos sistemas mediante auditorías e inspecciones a nivel nacional. Los consumidores han de reconocer, asimismo, que a ellos les compete la responsabilidad de almacenar, manipular y cocinar los alimentos de manera apropiada”.

⁵⁰ Hemos de realizar un apunte recordatorio a futuro: la legislación nacional armonizada no contempla la excepción del “riesgo tecnológico” para los alimentos y los medicamentos. Esta previsión se encuentra en el art. 140.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Este texto hace una indicación precisa de las Directivas a las que se debe, y como novedad incorpora la legislación de responsabilidad por productos defectuosos que estaba por separado en nuestro ordenamiento.

⁵¹ En el punto 80, se prevé la adopción de un mecanismo de emergencia único, para evitar las medidas de salvaguardia, dado que varían mucho en función del sector y del país que decida adoptar alguna.

engañoso - “esencial y precisa”, previéndose como primera medida la de la “codificación de la Directiva relativa al etiquetado”, que ha de distinguirse asimismo de la publicidad, para fomentar su salud (y no sólo la libre elección) y la nutrición⁵².

6. Por último se exponen actuaciones determinadas para: la mejora de la salud animal, la eliminación de contaminantes, la regulación de las distintas clases de alimentos, etc.

La consecuencia final es la elaboración de multitud de normas entre las que destacan:

- La Directiva 2000/13 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios⁵³, sin perjuicio de la Directiva 2008/5/CE de la Comisión de 30 de enero de 2008 relativa a la indicación en el etiquetado de determinados productos alimenticios de otras menciones obligatorias distintas de las previstas en la Directiva 2000/13/CE⁵⁴.

- La Directiva 2002/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de complementos alimenticios⁵⁵.

⁵² Vid. punto 104: “La protección de la salud pública no se limita a la seguridad química, biológica y física de los alimentos, sino que debe tratar de garantizar la ingestión de los nutrientes esenciales y limitar la ingesta de otros elementos a fin de evitar los efectos negativos sobre la salud, incluidos los efectos que perjudican la nutrición. Los datos científicos han demostrado que una dieta adecuada y variada es un factor esencial para mantener la buena salud y el bienestar general, lo que puede ser especialmente cierto hoy día, cuando aparecen en el mercado nuevos tipos de productos con valor nutricional modificado que pueden incidir, favorable o desfavorablemente, sobre el comportamiento y el bienestar de los consumidores. Además, la información que permitiría a éstos efectuar elecciones correctas no está disponible sistemáticamente de manera clara y accesible”.

⁵³ DO L 109 de 6.5.2000, p. 29, objeto de sucesivas modificaciones, siéndolo en último lugar por la Directiva 2007/68/CE de la Comisión (DO L 310 de 28.11.2007, p. 11), sobre los ingredientes alérgenos.

⁵⁴ DO L 27 de 31.01.2008, p. 12.

⁵⁵ DO L 183 de 12.7.2002, p. 51. La definición de complemento alimenticio se realiza en el art. 2.1 a): “los productos alimenticios cuyo fin sea complementar la dieta normal y consistentes en fuentes concentradas de nutrientes u otras sustancias que tengan un efecto nutricional o fisiológico, en for-

- Reglamento (CE) 1830/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, relativo a la trazabilidad y etiquetado de organismos modificados genéticamente y a la trazabilidad de los alimentos y piensos producidos a partir de éstos (por el que se modifica la Directiva 2001/18/CE)⁵⁶.

- El Reglamento (CE) 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos^{57, 58} (en vigor desde el 1 de Julio de 2007).

- El Reglamento (CE) 1925/2006, de 20 de diciembre, sobre la adición a los alimentos de vitaminas, minerales y otras sustancias a los alimentos [alimentos enriquecidos]⁵⁹ (en vigor desde el 1 de julio de 2007).

- El Reglamentos (CE) 834/2007 del Consejo de 28 de junio de 2007 sobre producción y etiquetado de los productos ecológicos (y por el que se deroga el Reglamento (CEE) 2092/91)⁶⁰ y el Reglamento (CE) 1.254/2008 de la Comisión de 15 de diciembre que modifica el Reglamento (CE)

ma simple o combinada, comercializados en forma dosificada, es decir cápsulas, pastillas, tabletas, píldoras y otras formas similares, bolsitas de polvos, ampollas de líquido, botellas con cuentagotas y otras formas similares de líquidos y polvos que deben tomarse en pequeñas cantidades unitarias”.

⁵⁶ DO L 268 de 18.10.2003, p. 24.

⁵⁷ DO L 12, p. 3, 18.01.2007.

⁵⁸ Sin perjuicio de las definiciones que el propio Reglamento deja vigentes en su art. 2.1 de otras Directivas y Reglamentos anteriores, y que reproducimos a continuación: “1. A efectos del presente Reglamento se aplicarán:

a) las definiciones de «alimento», «explotador de empresa alimentaria», «comercialización» y «consumidor final» establecidas en el artículo 2 y en los puntos 3, 8 y 18 del artículo 3 del Reglamento (CE) no 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria (4);

b) la definición de «complemento alimenticio» establecida en la Directiva 2002/46/CE;

c) las definiciones de «etiquetado sobre propiedades nutritivas», «proteínas», «hidratos de carbono», «azúcares», «grasas», «saturados», «monoinsaturados», «poliinsaturados» y «fibra alimentaria» establecidas en la Directiva 90/496/CEE;

d) la definición de «etiquetado» establecida en el artículo 1, apartado 3, letra a), de la Directiva 2000/13/CE”.

⁵⁹ DO L 404 de 30 de diciembre de 2006.

⁶⁰ DO L 189 p. 1, de 20.07.2007.

889/2008 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) 834/2007 del Consejo sobre producción y etiquetado de los productos ecológicos, con respecto a la producción ecológica, su etiquetado y su control⁶¹.

Su ámbito de aplicación es común, esto es: a los intercambios de alimentos que se produzcan en el territorio de la Unión y a las importaciones, cediendo en los supuestos de exportación a otros países no miembros.

- Entendemos que un profundo comentario sobre ellos y el régimen que instauran, excede la intencionalidad de estas páginas, por lo que decidimos resaltar lo que en nuestra opinión son los conceptos más relevantes para la comprensión de toda esta “normativa marco”⁶²:

- *La Seguridad Alimentaria*. La acepción buscada por el Derecho Alimentario comunitario es restringida. Los alimentos tendrán esta cualidad cuando “están en buenas condiciones higiénicas y son inocuas para la salud”⁶³, y además, cuando proporcionan una adecuada nutrición⁶⁴. Ello en contraposición al *concepto amplio* que se maneja respecto de los países en vías de desarrollo el cual alude únicamente al abastecimiento de alimentos⁶⁵. La utilidad de esta concepción restringida está en la conexión posible con los derechos fundamentales⁶⁶: y no sólo con los derechos a la protección de la salud⁶⁷ y a la defensa de los consumidores, sino también con el propio derecho a la vida y a la dignidad humanas, configuran lo que podría entender-

⁶¹ DO L 337, p. 80, de 16.12.2008. Únicamente los productos de origen vegetal o animal que se hayan obtenido mediante los procedimientos ecológicos reconocidos pueden utilizar en el etiquetado la denominación “bio”, “eco”, o “ecológico”.

⁶² Que posee también numerosos actos conexos que son otros Reglamentos y Directivas de carácter más técnico habitualmente, de manera que cualquiera no experto en la materia puede fácilmente perderse en el entramado.

⁶³ RECUERDA GIRELA, M.A. Op. Cit. p. 25 y nota 24. Ésta es la definición que ha popularizado nuestra AESAN.

⁶⁴ Ibidem, p. 25. El autor completa la definición añadiendo una puntualización de MELLADO y FRANCH, que además resulta coherente con los postulados del Libro Blanco antes comentado.

⁶⁵ Y que también era típica de la Comunidad en sus orígenes.

⁶⁶ Ibidem, p. 27 en desarrollo del epígrafe de la p. 26, “El significado jurídico de la seguridad alimentaria”.

⁶⁷ Que es nuestro art. 43 de la Constitución y el art. 33 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

se como un “derecho subjetivo a la seguridad alimentaria”⁶⁸. Este reconocimiento, al fin, hace primar el interés del consumidor sobre el intercambio comercial, que se complementa con el mandato dirigido a los poderes públicos para que se lo garanticen, y reconducir el tratamiento legal de los alimentos no sólo a la pura y llana prevención de contaminaciones y toxiinfecciones (según adelantábamos en nuestra introducción), sino que ha ido más allá abarcando: la eliminación de las erróneas ideas sobre la alimentación, promocionando y proporcionando la educación nutricional, reglamentando la publicidad de alimentos y su composición, el tamaño de las porciones de comida, las barreras a los alimentos saludables, etc⁶⁹.

- *Quién es el consumidor*. Curiosamente en todas las normas mencionadas no existe un concepto determinado y sólo el Reglamento sobre declaraciones saludables contiene la referencia al *consumidor final*. Por ello la Doctrina, entre otros GONZÁLEZ VAQUÉ⁷⁰, ha aclarado que a los efectos de posibilitar la aplicación de la legislación, la opinión mayoritaria es que (aunque no se indique expresamente⁷¹), el legislador se refiere a la “figura teórica del consumidor medio” construida por la Jurisprudencia del TJUE⁷² y así se resalta en las conclusiones del artículo que seguimos en este punto. Debiéndose entender por tal “el que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz”⁷³.

- *El Riesgo y las decisiones administrativas*. El art. 3 Reglamento (CE) 178/2002 en sus apartados 9 y 14 diferenciaba para el sector alimentario entre el “riesgo”⁷⁴ y el “[factor de] peligro”⁷⁵, indicando

⁶⁸ Ibidem, p. 26, es una apreciación del autor.

⁶⁹ Ibidem, p. 28.

⁷⁰ GONZÁLEZ VAQUÉ, L. “Las nociones de consumidor medio y miembro de un grupo particular de consumidores en el Reglamento nº 1924/2006 (declaraciones nutricionales y de propiedades saludables)”. *Gaceta jurídica de la UE*, nº 247, 2007 (p.p. 9 – 19).

⁷¹ Cuya explicación también se refiere por el autor: permitir la evolución futura.

⁷² Ibidem, p. 10.

⁷³ Aunque dependerá también de zonas geográficas y hábitos culturales (“factores sociales, culturales y lingüísticos”), pero ello no empece para su consideración según lo expresado.

⁷⁴ “(...) la ponderación de la probabilidad de un efecto perjudicial para la salud y de la gravedad de ese efecto, como consecuencia de un factor de peligro”.

que el primero compete a la técnica y el segundo a la policía administrativa. RECUERDA GIRELA pone el siguiente ejemplo: “*Las dioxinas son un peligro (que puede ser natural o tecnológico), pero que en cantidades muy pequeñas no implican un riesgo para la salud*”⁷⁶. Muchos han criticado que tales sectores específicos se han desplazado cada uno de su ámbito porque las Autoridades Administrativas utilizan el “*análisis del riesgo (que comprende las etapas de identificación, gestión y comunicación*”⁷⁷) *como técnica para la toma de decisiones*”, y esto no sería correcto *estricto sensu*⁷⁸. Pero lo cierto es que las últimas modificaciones legislativas han incorporado en la “*actividad de policía o de limitación*” un enfoque preventivo que se considera legítimo para la poder decidir lo adecuado, habiéndose popularizado también en otros sectores (legislación laboral) y siendo típico del funcionamiento de las empresas alimentarias (que están obligadas a crear y seguir un sistema de autocontrol sobre que valida el producto –el APPCC–).

V. INFORMACIÓN Y PUBLICIDAD ALIMENTARIA.

Según hemos dicho ya, la definición de “alimento” (“o producto alimenticio”) queda vigente tras la adopción del Reglamento (CE) 1924/2006 por remisión al art. 2 del Reglamento (CE) 178/2002 que expiraba con el anterior, y éste es: “*cualquier sustancia o productos destinados a ser ingeridos por los seres humanos o con probabilidad razonable de serlo, tanto si han sido transformados entera o parcialmente como si no*”. Están incluidas “*las bebidas, la goma de mascar y cualquier sustancia, incluida el agua, incorporada voluntariamente al alimento durante su fabricación, preparación o tratamiento (...)*”. Y no se incluyen: los piensos, los animales (salvo preparados para el consumo humano), las plantas antes de la cosecha,

⁷⁵ “*Todo agente biológico, químico o físico presente en un alimento o en un pienso, o toda condición biológica, química o física de un alimento o pienso que pueda causar un efecto perjudicial para la salud*”.

⁷⁶ RECUERDA GIRELA, M.A. Op. Cit. p. 38.

⁷⁷ RECUERDA GIRELA, M.A., Op. Cit. p. 37. “*(...) El análisis del riesgo, que consiste en sopesar las alternativas y tomar las decisiones más adecuadas, y la comunicación del riesgo, que consiste en la difusión de la información sobre el riesgo y sobre las medidas. (...)*”.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 37, nota 114, ESTEVE PARDO, J.

los medicamentos, los cosméticos, el tabaco y los productos derivados de éste, las sustancias estupefacientes, los residuos y contaminantes.

Al margen de los problemas prácticos de aplicación del citado Reglamento, en aquello que se funda en más o en menos en la ciencia y la investigación, en orden a la determinación de los “perfiles nutricionales”, la obtención de permisos de declaraciones previas a la comercialización, etc⁷⁹; lo que aquí nos interesa es volver a posicionar al consumidor como eje central del sistema –que parece perderse en reglamentaciones técnicas y alejarse del propósito inicial–, y sin perjuicio de que es cierto que la legislación alimentaria comunitaria, en realidad pretende un equilibrio entre las empresas de esta industria y aquél.

La Directiva 2000/13/CE define qué es el “etiquetado”⁸⁰, por el que podemos entender “*el DNI del alimento*”⁸¹, pero aunque anuncia que también versará sobre la “publicidad”, realmente sólo la nombra y le hace extensiva algunas prohibiciones (como la de mencionar que el producto tiene cualidades medicinales), sin que al final haya hecho una regulación concreta, que lleva a concluir, simplemente, que se trata de una de las menciones voluntarias en la presentación del alimento. Esto se clarifica con el Reglamento 1924/2006, entendiéndose que “publicidad” es aquel contenido que acompaña a la presentación de un alimento, distinto de los datos obligatorios del etiquetado, de las declaraciones [nutricionales y de propiedades saludables] que el mismo introduce^{82, 83}, que es de estricta naturaleza

⁷⁹ Vid. ARRESTEGUI SEGALÉS, J. “Aplicación del Reglamento (CE) nº 1924/2006 sobre las declaraciones en el etiquetado y la publicidad: algunas dificultades y no pocas dudas”. *ReDeco, Revista electrónica del Derecho del Consumo y de la Alimentación*, nº 14, 2007, p.p. 29 – 36.

⁸⁰ “*(...) las menciones, indicaciones, marcas de fábrica o comerciales, dibujos o signos relacionados con un producto alimenticio y que figuren en cualquier envase, documento, rótulo, etiqueta, faja o collarín, que acompañen o se refieran a dicho producto alimenticio*”.

⁸¹ La cursiva es nuestra.

⁸² Si bien su Considerando 7 se remite expresamente a que: “*A nivel internacional, el Codex Alimentarius adoptó Directrices Generales sobre Declaraciones de Propiedades en 1991 y Directrices para el Uso de Declaraciones Nutricionales en 1997. La Comisión del Codex Alimentarius adoptó en 2004 una modificación de estas últimas, que tiene por objeto la inclusión de las «declaraciones de propiedades saludables» en las directrices de 1997. Se tienen debidamente en cuenta las definiciones y las condiciones establecidas en las directrices del Codex*”.

comercial (por lo que se excluyen todas aquellas comunicaciones que no lo sean), difundida a través de cualquier medio (prensa, Internet, campañas, etc), y destinada a individualizar al productor de otros y para obtener mayores rendimientos en las ventas.

Este Reglamento está precedido por un fenómeno sociocultural y tecnológico: muchos fabricantes venden sus productos realizando alusiones a la salud⁸⁴, que pueden –y de hecho lo hacen– confundir al consumidor que cree que está comprando e ingiriendo algo beneficioso, cuando realmente no le está aportando nada. Este “gancho” puede ser un comportamiento de aprovechamiento desleal, esto es, que sí hay empresas que investigan, experimentan y logran la mejora de sus productos. No obstante, el empuje biotecnológico en la alimentación no es la panacea, no quiere decir que se pueda presumir de por sí su seguridad (de hecho la Unión en materia alimentaria no cuenta en esos casos con un “*histórico seguro*”⁸⁵), la bondad del mismo, u otros predicamentos positivos. De hecho bajo el adjetivo de “*nuevos*” se ha venido a distinguir a un grupo heterogéneo de alimentos, cuyo control ha de ser más exhaustivo al preverse un procedimiento específico para su comercialización (siendo la base la justificación científica previa). Desde que fueran definidos en el punto 76 del Libro Blanco como “*los alimentos e ingredientes alimentarios que aún no se han utilizado en la alimentación humana, en especial los que contienen organismos modificados genéticamente o derivados de éstos*”⁸⁶, ha llovido bastante y además ello no es exacto. RECUERDA GIRELA puntualiza⁸⁷ que

⁸³ Aunque algunos expertos consideran que sí que tendrían estas “declaraciones” *carácter publicitario*: Vid, AMARILLA MATEU, N. “Derecho a la información en salud (DISA) y responsabilidad (I)”. *Actualidad del derecho sanitario*, nº 139, 2007, p. 456.

⁸⁴ Lo que tiene nombre propio en la Doctrina y se conoce como “*reclamos de salud*”: RODRÍGUEZ MEDINA, C., “La información alimentaria relacionada con la salud”. http://www.mapa.es/ministerio/pags/Plataforma.../alimento_salud.pdf, diciembre 2006. Con acceso el 19.09.2010. p. 5 también utiliza el término DÍAZ ROJO, J.A.

⁸⁵ La expresión se debe a RECUERDA GIRELA, Op. Cit., p. 199.

⁸⁶ Los procedimientos antes de esa fecha se habían regulado en el Reglamento (CE) nº 258/97.

⁸⁷ RECUERDA GIRELA, M.A., Op. Cit. p.p.157 – 208, en las que aboga por la construcción de un concepto legal de “nuevo alimento” que establezca necesarias exclusiones que no lleven a esta mezcolanza. También está de acuerdo con

tendrían tal denominación además de aquéllos que han sido objeto de modificación genética (y que se ocupa de ellos el Reglamento (CE) 1830/2003, con sus problemas propios en razón de esa especificidad), los complementos alimenticios, los enriquecidos y los funcionales (prebióticos, probióticos y simbióticos), así como los exóticos (atendiendo a un concepto amplio de *nuevo alimento*, dado que éstos no son fruto de aplicaciones bio-técnicas). Sea como fuere, aún hay más para la confusión y la crítica pues en algunas ocasiones y dadas las propiedades implementadas a alguna de estas categorías –principalmente los complementos alimenticios que normalmente son fabricados por las propias compañías farmacéuticas–, no ha sido posible distinguir entre “medicamento” y “alimento”, lo que ha llevado a hablar de “productos frontera” que no ha podido desentrañar aún la Jurisprudencia del TJUE⁸⁸ resolviendo de manera segura “caso por caso”.

No obstante, incluso en el Reglamento 1924/2006 se indica que no sólo la alimentación puede influir sobre la salud, sino que depende más del modo de vida que de un estilo. Pero no es ajeno al mecanismo de consecución de la venta apelando a la dimensión subjetiva que la persona tiene de su idea de ‘estar sana’⁸⁹.

Todo ello lejos de dar satisfacción al consumidor, cada vez le sume en mayores dilemas, sufre cada vez más un papel de “convidado de piedra” cuando se trata de defender sus intereses reales y

esta clasificación la publicación de la SEBIOT (Sociedad Española de Biotecnología), *Biotecnología y Alimentos. Preguntas y respuestas*, elaborada por VARIOS, editada por ella misma en el año 2003.

⁸⁸ De tal manera que “*si el producto proviene de otro Estado Miembro en el que está comercializado como complemento alimenticio, puede ser comercializado en España en base al principio de circulación de mercancías*”. P.213, AMARILLA MATEU, N. “Categorías de productos regulados por la Ley 29/2006 de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Frontera medicamento-alimento”. En VARIOS, *Derecho Farmacéutico actual*, Aranzadi, 2009, Pamplona. (Coor). AMARILLA GUDÍN, M. y SEMPERE NAVARRO, A.V. El problema está suscitado por la interpretación de la definición contenida en la Directiva 2002/46/CE que hemos transcrito en nuestra nota 55. Concretamente por la expresión “*fuentes concentradas de otras sustancias*”. También plantearían discusiones los “alimentos funcionales”: RODRÍGUEZ MEDINA, Op. Cit. p. 13, nota 35 y p. 17: ¿ayudan a bajar el colesterol o mejoran el tránsito intestinal?.

⁸⁹ Vid. RODRÍGUEZ MEDINA, C. Op. Cit. p. 7.

ejercitar sus facultades: las disquisiciones sobre la oportunidad de adoptar tal o cual declaración es una dialéctica lejana entre un fabricante de gran envergadura económica y los organismos *ad hoc* de la Comisión.

Una de las propuestas para fortificar a este “consumidor preterido” gravita en buscar responsabilidad por las omisiones o declaraciones que posteriormente pueden devenir incorrectas⁹⁰ en el conjunto de la información prestada, pero incidiendo en aquéllas que revisten una promesa científica. Es de difícil localización⁹¹, de más complicada prueba (sobre todo el daño) y de respuesta muy hipotética (¿quién responde⁹²?): salvo que afecte a un grupo de consumidores que efectivamente demuestre que compró el alimento para mejorar la salud -y por el cariz de sus declaraciones nutricionales-, y produjo el efecto adverso. Aunque tememos que esta ejemplificación no sea demasiado acertada, pues lleva directa al supuesto de daños por consumo de productos defectuosos y no por defecto o ausencia de información, según se pretende⁹³.

VI. CONCLUSIONES.

1. La industria alimentaria ha visto incrementar el riesgo de sus productos, en los intercambios comerciales a gran escala y entre distintos países, por el uso de determinados componentes químicos en la fabricación y la producción, y en los últimos años por la recurrencia a la Biotecnología.

⁹⁰ Dado que el responsable no puede alegar la excepción del “estado de la ciencia” al momento de su comercialización o riesgo tecnológico, según también hemos apuntado en nuestra nota 50.

⁹¹ Vid. RODRÍGUEZ MEDINA, C. Op. Cit. p. 20 nota 62: PÉREZ VALLEJO, A.M ha escrito una aportación a una obra colectiva, con el título “Los deberes precontractuales de información y publicidad. Su reflejo en el marco de la legislación sanitaria”.

⁹² Aunque como principio se aprecia la corresponsabilidad de los agentes que hayan intervenido, y la Administración por sus competencias de control podría tener al menos una responsabilidad subsidiaria, ésta no responde por riesgo tecnológico por lo que éste podría ser uno de los grandes obstáculos a derribar en este planteamiento.

⁹³ La invitación no es descabellada toda vez que se produciría en el seno de los “nuevos alimentos” y que éstos comparten muchos puntos en común (al margen de los de confusión) con la comercialización de los medicamentos, que sí causan responsabilidad si el prospecto que se acompaña es inadecuado.

2. La preocupación por la higiene y contaminación de los alimentos era algo que ya tenían presente las Asociaciones gremiales internacionales, pero que acabó generalizándose a todos los sectores, de manera que la FAO y la OMS, tuvieron que intervenir, asimismo sus Estados Miembros, y finalmente la Comunidad Europea como tal, que contribuyeron a la formación del *Codex Alimentarius*.

3. Tras ello y aunque en la CE existían algunas reglamentaciones técnicas por productos, las crisis alimentarias de mediados de la década de los 80 obligaron a reaccionar, aplicando primero la Política de Salud Pública y después la más específica para la Protección de los Consumidores, que consigue un concepto cercano de Seguridad Alimentaria.

4. Es evidente la relevancia que se otorga al consumidor para preservar su capacidad de elección y su salud. Se ha indicado que esta capacidad tiene un estándar que es el del “consumidor medio” el cual comprende la información habitualmente, aunque se prohíbe que el contenido del etiquetado sea excesivamente técnico para que sea fácilmente comprendido.

5. Actualmente la persecución del “alimento seguro” (y rentable) está eclipsando cada vez más al consumidor, que sólo recibe según se le da, y que aunque tiene facultades legítimamente reconocidas, sólo hipotéticamente podría solicitar responsabilidades a los agentes de mercado y a las autoridades administrativas si toda esa información de la que es destinatario falla.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

1. Manuales generales, monografías y artículos en revistas.

CASTANG, Charles. “Política y Derecho Alimentario en la CEE”. Ponencia presentada en el Congreso de la Asociación internacional de Economía Alimentaria y Agroindustrial, Parma, mayo de 1992 (traducción, notas y bibliografía adicional. J. Fuster). *Estudios sobre Consumo*, 1992 DIC; (25)

GISBERT CALABUIG, “*Medicina Legal y Toxicología*”, Edit. VILLANUEVA CAÑADAS, E., 6ª Edic, 2004, Elsevier – Masson, Barcelona.

SEBIOT (Sociedad Española de Biotecnología), *Biotecnología y Alimentos. Preguntas y respuestas*, el-

borada por VARIOS, editada por ella misma en el año 2003.

DE LEÓN ARCE, A. “Políticas alimentarias y seguridad del consumidor”. p. 81. En VARIOS, *Alimentación, consumo y salud*. Facultad de Derecho de Oviedo, 2005.

RECUERDA GIRELA, M.A. *Seguridad alimentaria y nuevos alimentos*. Aranzadi, Pamplona, 2006.

RODRÍGUEZ FONT, M., *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos*.” Tesis doctoral depositada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Gerona en marzo de 2006. [Publicada íntegramente por MARCIAL PONS, año 2007].

RODRÍGUEZ MEDINA, C., “La información alimentaria relacionada con la salud”. http://www.mapa.es/ministerio/pags/Plataforma.../alimento_salud.pdf, diciembre 2006.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L. “Las nociones de consumidor medio y miembro de un grupo particular de consumidores en el Reglamento nº 1924/2006 (declaraciones nutricionales y de propiedades saludables)”. *Gaceta jurídica de la UE*, nº 247, 2007.

ARRESTEGUI SEGALÉS, J. “Aplicación del Reglamento (CE) nº 1924/2006 sobre las declaraciones en el etiquetado y la publicidad: algunas dificultades y no pocas dudas”. *ReDeco, Revista electrónica del Derecho del Consumo y de la Alimentación*, nº 14, 2007.

AMARILLA MATEU, N. “Derecho a la información en salud (DISA) y responsabilidad (I)”. *Actualidad del derecho sanitario*, nº 139, 2007.

VARIOS, *Derecho Farmacéutico actual*, Aranzadi, 2009, Pamplona. (Coor). AMARILLA GUDÍN, M y SEMPERE NAVARRO, A.V.

2. Otros documentos.

LIBRO BLANCO SOBRE LA SEGURIDAD ALIMENTARIA, de 12.01.200.

CONSENTIMIENTO INFORMADO Y PRUEBA DE LA LEX ARTIS. LA RELEVANCIA DE LA PRUEBA DE PRESUNCIONES.

Federico de Montalvo Jääskeläinen

*Profesor Doctor Derecho constitucional, Universidad Pontificia Comillas (ICADE).
Abogado especialista en Derecho sanitario, Socio Director de Asjusa-Letramed*

1. Introducción: breve exégesis del consentimiento informado

El consentimiento informado constituye la figura procedente del mundo jurídico que ha provocado mayor impacto en la realidad sanitaria. A partir de su reciente incorporación a la relación médico-paciente, puede afirmarse que dicha relación se ha visto sustancialmente transformada, transformación que es difícil de encontrar en otros ámbitos de la realidad social y profesional¹. El consentimiento informado supone, lisa y llanamente, que es el paciente quien ha de tomar la decisión sobre el acto médico².

¹ Ni en el Juramento Hipocrático tradicional ni en la versión revisada aprobada por la Asociación Médica Mundial recogida en la Declaración de Ginebra de 1948 se recoge mención alguna a la autonomía de voluntad del paciente. Entre los deberes morales del médico no se recogía el respeto de la voluntad del paciente. Estamos, en consecuencia, ante un fenómeno novedoso que modifica sustancialmente la relación médico paciente y que surge a partir de la segunda mitad del siglo XX, después de dicha Declaración de Ginebra.

² Frente a un modelo anterior paternalista en el que la mejor preparación profesional y mayores conocimientos del médico justificaba que fuera éste quien tomara la decisión (todo

Así, a partir de la elaboración e implantación de los denominados protocolos o formularios de consentimiento informado, como documento en el que se acredita que dicha participación en la toma de decisión por el paciente ha sido real y efectiva, la relación médico-paciente se ha alterado de manera sustancial. En este sentido, algún autor ha llegado a decir que si la relación médico-paciente ha cambiado más en los últimos veinticinco años que en los veinticinco siglos anteriores, ello obedece, precisamente, al consentimiento informado y, en consecuencia, a la participación del paciente en la decisión clínica del tratamiento³.

para el paciente pero sin el paciente) surge un nuevo modelo en el que es el paciente el único y exclusivo titular del derecho a decidir.

³ DE LORENZO Y MONTERO, R., “Aspectos jurídicos de la práctica médica. El consentimiento informado”, en VVAA., *La formación de los profesionales de la salud: escenarios y factores determinantes*, Fundación BBV, Bilbao, 1998. Resulta curioso comprobar cómo la idea del consentimiento informado como proceso de participación del paciente en el ámbito de toma de decisiones clínicas no sólo se encuentra ausente, sino que, más aún, es categóricamente rechazada a mediados del pasado siglo XX por eminentes representantes

El consentimiento informado ha sido definido como la autorización autónoma para la práctica de determinada intervención que implica que el individuo no sólo debe aceptar y cumplir una propuesta, sino que debe dar su autorización mediante un consentimiento voluntario, que existe si y sólo cuando un paciente con suficiente capacidad de comprensión y sin control externo, autoriza intencionadamente a un profesional a hacer algo⁴. En similares términos, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud lo define del siguiente modo⁵: la información recibida por el paciente debe entenderse como un proceso gradual y continuado a lo largo de todo el proceso asistencial, que se realiza en el seno de la relación médico-enfermo durante todo el proceso, y que debe permitir que el paciente participe activamente en la toma de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad⁶.

Resaltamos de esta definición dos características: en primer lugar, se trata de un proceso gradual. No es un documento o papel determinado o el mero acto de firma o autorización de la intervención. En este proceso, que se desarrolla en el seno de la relación médico-paciente, se conocen los interlocutores, y el paciente se prepara para conocer la verdad sobre su enfermedad y para tomar las decisiones necesarias. Para que el paciente par-

ticipar en la toma de decisiones es necesario que tenga información a lo largo de todo el proceso. El consentimiento informado es un proceso de diálogo en el seno de la relación médico paciente. Además, la enfermedad es un proceso largo en el que hay que tomar muchas decisiones, unas de mayor importancia que otras, y lo adecuado es que el médico proponga cada una de ellas al paciente para que éste decida.

En segundo lugar, es un proceso esencialmente verbal. El documento no puede sustituir a la información verbal. El documento es una simple garantía de que la información ha tenido lugar y, en este sentido, sirve como medio de prueba para el médico.

En definitiva, el consentimiento informado es la justificación de la legitimidad del acto médico, basado en el derecho del paciente a su autonomía o autodeterminación.

La importancia que en nuestro marco social posee el consentimiento informado ha sido reconocido explícitamente por el propio Tribunal Constitucional al proclamar que el derecho a la vida y a la integridad física y moral que consagra el artículo 15 de la Constitución quedarían afectados cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles, no sólo por el de morir⁷.

El consentimiento informado no constituye, pese a lo términos en los que se ha expresado el Tribunal Supremo⁸, un derecho subjetivo, sino la garantía de un derecho. Dicho derecho subjetivo del que es garantía es doble: el derecho a ser informado del acto médico y el derecho a autorizar o rechazar el mismo⁹. El propio término consenti-

de la medicina. Así, el Dr. Marañón viene a manifestar, literalmente, lo siguiente: “*la pedantería científica manifiéstase también, en muchos médicos actuales, en el afán de informar a sus pacientes de los detalles de su enfermedad, moda muy americana y, a mi juicio, absolutamente reprobable. Algunos no se contentan con detallar el diagnóstico y añaden todos los posibles peligros y complicaciones inherentes al mismo*”. Añade el mismo autor que “*el médico, pues –digámoslo heroicamente- debe mentir. Y no sólo por caridad, sino por servicio de la salud*” (*Crítica de la Medicina dogmática, 1950*). En similares términos se expresaba también el profesor de Deontología Médica, el Padre Peiró, para el cual, el paciente es, *per se*, incapaz de tomar decisiones y, en consecuencia, el médico debe dirigir su voluntad desde la condescendencia hasta la imposición, si es necesario (*Manual de Deontología Médica 1944*).

⁴ BEAUCHAMP, T. y CHILDRESS, J., *Principios de ética biomédica*, Masson, Barcelona, 1998, pp. 135 y 136.

⁵ El Consejo Interterritorial es un órgano de participación y cooperación entre las diferentes Comunidades Autónomas y la Administración central que aparece regulado en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

⁶ Acuerdo núm. 261 del Pleno del Consejo Interterritorial de 6 de noviembre de 1995, sobre consentimiento informado. Puede accederse a dicho Acuerdo a través de la página web del Ministerio de Sanidad y Consumo, en www.msc.es.

⁷ STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 8.º).

⁸ STS 12-I-2001.

⁹ Algún sector de la doctrina ha venido empleando el término objeción de conciencia al tratamiento médico para referirse al derecho a rechazar el tratamiento que ostenta el paciente. Sin embargo, consideramos, en consonancia con Moreno Botella, que debe desterrarse aquel término, ya que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una obligación jurídica, según lo expresado por el Tribunal Constitucional, de conservar la vida y la salud y, por ello, no puede hablarse en sentido estricto de objeción de conciencia a tratamientos médicos, sino de reconocimiento jurídico del derecho de la persona a someterse libremente a un tratamiento o a rechazarlo, por motivos de conciencia o por otros motivos cualesquiera. Vid. MORENO BOTELLA, G., “Negativa a tratamientos médi-

miento informado hace referencia a este doble contenido.

Por otro lado, tal es la fuerza que la figura ha alcanzado en la relación médico-paciente que la propia Bioética y el Bioderecho hablan ya del *paradigma de la autonomía de voluntad* como expresión de la prevalencia y posición que ocupa el principio de autonomía de voluntad frente a los otros tres principios propuestos por la corriente doctrinal denominada principialismo. Esta expresión de *paradigma de la autonomía de voluntad* responde a la evolución producida en la segunda mitad del siglo XX en la resolución de los conflictos que se plantean en el ámbito de la asistencia e investigación sanitaria. En virtud de dicho paradigma, el principio de autonomía del paciente se ha convertido en el elemento supremo de decisión en la relación médico-paciente, frente a los otros tres principios de beneficencia, no maleficencia, y justicia¹⁰. Estos cuatro principios se configuran como las cuatro reglas fundamentales de la ética médica y fueron propuestos en los años setenta, dentro de la corriente bioética que recibió la denominación de “corriente principialista” o “enfoque principialista” y, se han mostrado como el enfoque principal en la resolución de los problemas bioéticos¹¹.

cos”, en MARTÍN SÁNCHEZ, I. (Coord.), *Libertad religiosa y Derecho sanitario*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007, p. 146. Vid., en similares términos, BARRERO ORTEGA, A., “Vida, salud y conciencia moral (A propósito de la jurisprudencia constitucional en torno a los conflictos entre norma jurídica y norma de conciencia en el ámbito bio-sanitario)”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 13, núm. 1, enero-junio 2005, pp. 216 y 217. Igualmente, para Rey Martínez resulta significativo que la interpretación tradicional del rechazo al tratamiento se haya ubicado por la doctrina en el capítulo de la objeción de conciencia. Ello carece de sentido tras la Ley de autonomía del paciente, debiendo considerarse que el rechazo del tratamiento es una manifestación de la libertad de tomar decisiones sobre la propia salud y no objeción de conciencia al deber del médico de curar. Vid. REY MARTÍNEZ, F., *Eutanasia y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 90 y 91.

¹⁰ HORTAL, A., *Ética general de las profesiones*, 2.ª ed., Centros Universitarios de la Compañía de Jesús-Desclée de Brouwer, Bilbao, 2004, p. 97. El primero de los principios, beneficencia, exige actuar siempre en el mejor interés del paciente; el segundo, no causar daño o mal al paciente; y el último, asegurar que la atención sanitaria se distribuya en la sociedad de forma justa y equitativa.

¹¹ BEAUCHAMP, T. y CHILDRESS, J., *Principios de ética biomédica*, op. cit. Vid. también, EMANUEL, E.J. y EMANUEL, L.L., “Four models of the physician-patient relationship”, *Journal of the American Medical Association*, núm. 267, año 1992, pp. 2221 a 2226. La corriente principialista

El consentimiento informado constituye, pues, la principal manifestación en el ámbito de la relación médico-paciente de la autonomía de voluntad. En el ámbito de la práctica médica, el principio de autonomía implica que el médico deberá obtener el consentimiento informado del paciente con anterioridad a llevar a cabo el acto médico. Así pues, la autonomía del paciente se ejercita con el proceso de obtención del consentimiento informado. Fundamentalmente, por la aparición en la relación médico-paciente del principio de autonomía. Frente a una relación en la que primaba la decisión del médico, quien estaba más cualificado profesionalmente para determinar qué opción terapéutica era la más conveniente para el paciente -principio de beneficencia y mejor interés del paciente-, nos encontramos ahora ante un relación asentada en el principio de autonomía, es decir, en la decisión única y exclusiva del paciente¹². En este sentido, el tratamiento y cuidado médico tiene una dimensión subjetiva que sólo puede ser apreciada y decidida por el paciente. El médico sabe, por su profesión, lo que con carácter general supone, en cuanto a riesgos, beneficios y molestias, un tratamiento. Sin

encuentra su precedente inmediato en las reuniones de los once expertos procedentes de la medicina, el Derecho y la filosofía que integraron la *Comisión Nacional protección de sujetos humanos de investigación biomédica y de comportamiento* de Estados Unidos (*National Commission for the protection of human subjects of biomedical and behavioral research*) que fue constituida con el fin de que identificaran los principios éticos básicos y propusieran unas guías de acción basadas en los mismos, todo ello, ante la conmoción social producida por diversas noticias aparecidas en los medios de comunicación sobre la realización de varios experimentos en humanos sin respetar su autonomía (infecciones de virus y células tumorales en ancianos, niños y personas de color). La Comisión elaboró el conocido *Informe Belmont* de 30 de septiembre de 1978, que ha sido un referente en la bioética. Se recoge un amplio resumen de los trabajos de dicha Comisión en REQUENA MEANA, P., *Modelos de bioética clínica. Presentación crítica del principialismo y la casuística*, tesis doctoral, pp. 39 y ss. Vid. también, HORTAL, A., op. cit., p. 115.

¹² La razón de ser de dicha exclusión de la autonomía del paciente en el marco de la asistencia sanitaria podemos encontrarla, fundamentalmente, en el vasto campo de conocimientos y técnicas que supone el ejercicio de la medicina. Siendo el médico el verdadero conocedor de los beneficios y riesgos del tratamiento, cómo se podía justificar, con un mínimo de racionalidad, que se desplazara la decisión hacía el paciente, quien carecía de dichos conocimientos. Además, dicha pérdida de la autonomía del paciente quedaba acrecentada con el propio avance de la medicina. A mayor evolución y desarrollo científico, mayor especialidad del conocimiento y, en consecuencia, mayor justificación de la exclusión en la decisión del lego, el paciente.

embargo, en qué medida el mismo afecta al proyecto de vida o al bienestar del paciente es algo que sólo puede conocer este último¹³.

Toda esta relevancia del consentimiento informado también ha tenido su plasmación en el ámbito del enjuiciamiento de la responsabilidad sanitaria¹⁴. Así, por algunos autores se ha llegado a decir que un importante porcentaje de las reclamaciones que anualmente se presentan en el ámbito de la responsabilidad médica se fundamentan en la ausencia o déficits en el cumplimiento del consentimiento informado. En todo caso, sea mayor o menor dicho porcentaje, el número de resoluciones judiciales, tanto del Tribunal Supremo como la denominada jurisprudencia menor, que abordan la cuestión del consentimiento informado es muy notable. No puede decirse que toda reclamación judicial de responsabilidad médica se circunscriba siempre a los problemas de prueba del consentimiento informado, pero sí que este debate es muy frecuentemente abordado por los Tribunales de Justicia.

Además, dicha trascendencia procesal del consentimiento informado se manifiesta, como es lógico, en el ámbito probatorio, ya que el consentimiento opera como un elemento que integra la antijuridicidad, de manera que la ausencia del mismo permite afirmar que el acto médico no ha estado presidido por las exigencias del patrón de funcionamiento, la *lex artis ad hoc*.

2. De la Ley General de Sanidad a la Ley de autonomía del paciente: el tránsito de la forma escrita a la forma oral

El artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, Ley Gene-

ral de Sanidad) constituye el principal precedente de la regulación en nuestro ordenamiento jurídico de la figura de origen anglosajón del consentimiento informado. Dicha regulación se vio modificada posteriormente con la aprobación 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 (en adelante, Ley de autonomía del paciente).

El artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad dispone que todos tienen derecho “*a que se les dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares y allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento*”, añadiendo el apartado 6 que todos tienen derecho “*a la libre elección entre las opciones que les presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: a) cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; b) cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas; y c) cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento*”. Por último, el apartado 9 del mismo precepto dispone que los pacientes tienen derecho “*a negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6*”.

El principal problema que planteaba el tenor literal del artículo 10 venía constituido por el hecho de que se exigiera la forma escrita en la cumplimentación del consentimiento informado. El propio artículo utilizaba para referirse a los elementos formales del consentimiento la conjunción “y”, lo que se traducía, a la postre, en la primacía de la forma escrita.

Tal exigencia era imposible de aplicar en ámbitos como el de la Atención Primaria, en el que la carga asistencial impide, en muchas ocasiones, un tiempo de consulta adecuado, por lo que difícilmente era viable que todo paciente, además de ser valorado clínicamente, fuera informado por escrito del tratamiento que le era prescrito en cada una de las visitas. Por otro lado, sujetar la relación entre el médico de Familia y el paciente a la exigencia de un consentimiento escrito constituye una burocracia

¹³ En todo caso, la aparición del principio de autonomía no es exclusiva de la relación médico-paciente, sino que el mismo ha alcanzado muchos otros ámbitos de la realidad social y cultural. En las sociedades con economía de mercado, un valor de gran importancia es la satisfacción de los deseos individuales y para ello reviste sustancial importancia la autonomía. La eclosión del principio de autonomía constituye un rasgo característico de nuestra sociedad contemporánea. El ciudadano quiere ser plenamente autónomo para poder elegir en libertad y satisfacer sus deseos. Vid. VV.AA., *Los fines de la Medicina*, Fundación Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2004, p. 26.

¹⁴ Más aún, cuando el origen de la doctrina del consentimiento informado se sitúa en los Tribunales de Justicia (de los Estados Unidos de América).

tización y tecnificación del proceso asistencial que le aleja de la humanidad y confianza que debe presidir la relación médico-paciente.

En definitiva, la primacía y sacralización de la forma escrita fue en detrimento de la relación médico-paciente. Una relación construida sobre la base de la confianza se transformó *ope legis* en una relación burocratizada donde todo pasaba necesariamente, no por la conversación entre ambos actores, sino por la mera firma del protocolo escrito. Acabó la relación verbal y, en consecuencia, se percibió de manera clara que también acababa la confianza¹⁵.

Para superar dicha situación que para todos, médicos y pacientes, se mostraba como insatisfactoria, se aprueba la Ley de autonomía del paciente. Esta nueva regulación no supuso, en todo caso, sorpresa alguna, ya que es claramente heredera de la doctrina y Jurisprudencia creada para tratar de salvar los problemas que planteaba la aplicación de dichos derechos. Dados los términos confusos en los que se expresaba la regulación contenida en la Ley General de Sanidad, desde su misma publicación se fue creando un importante cuerpo jurisprudencial y doctrinal que pretendía superar los problemas de interpretación y aplicación práctica.

Los artículos 4.1 y 8.2, por lo que al debate que nos interesa se refiere, disponen que tanto la información como el consentimiento se proporcionarán y prestarán de forma verbal, como regla general. A continuación, el mismo artículo 8.2 establece excepciones a dicha regla general en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Es importante, en todo caso, no olvidar que el artículo 4.1 recoge, junto al principio general de

oralidad, el deber de dejar constancia en la historia clínica que se ha proporcionado la correspondiente información al paciente. El consentimiento a los actos médicos se acreditará, en unos casos, a través de la anotación en la historia clínica (regla general) y, en otros, a través del formulario escrito.

En todo caso, a partir de la precitada reforma, la primacía corresponde al principio de oralidad, a la conversación sobre el mero protocolo escrito y, como vamos a ver de inmediato, ello tiene unas consecuencias muy relevantes en el ámbito probatorio.

3. Principio general de información oral y prueba del consentimiento

La regulación del consentimiento informado contenida en la Ley de autonomía del paciente ha de suponer en nuestro sistema de enjuiciamiento de la responsabilidad médica y, en concreto, en el ámbito de la prueba, un cambio sustancial en la valoración de la *lex artis ad hoc*¹⁶. Y así, la pieza principal en la valoración probatoria acerca de la cumplimentación o no del deber de consentimiento informado no ha ya de asentarse únicamente en la existencia o no de un protocolo de consentimiento debidamente cumplimentado y firmado por el paciente, sino en la determinación de si realmente se ha cumplido o no con tal deber. La forma cede, por tanto, a favor de la satisfacción material del deber de consentimiento informado.

Tal visión de la prueba del consentimiento informado ya se ha venido plasmando, incluso, en ocasiones, antes de la propia aprobación de la Ley de autonomía del paciente, en la doctrina de nuestros Tribunales de Justicia. A este respecto, los Tribunales ponen ya el acento, no en que el deber del consentimiento informado se cumplimente formalmente por escrito, sino, antes al contrario, en que efectivamente se haya cumplido tal deber que integra la *lex artis*, independientemente de cuál sea el medio, oral o escrito, por el que su satisfacción se haya efectuado.

¹⁵ Pelayo González-Torre se refiere muy gráficamente a dicha situación cuando señala que señala que lo que en realidad ocurrió es que los médicos consiguieron domesticar el principio del consentimiento informado. Esta sacralización de los protocolos dio lugar en Estados Unidos a lo que se denominó “modelo puntual de consentimiento informado”, en virtud del cual, lo importante era obtener la firma del paciente, en perjuicio de la satisfacción de su derecho a recibir información. Vid. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A., *La intervención jurídica de la actividad médica: el consentimiento informado*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 1997, p. 108.

¹⁶ El propio art. 2.6 de la Ley de autonomía del paciente dispone que el consentimiento informado forma parte de la *lex artis*: “*Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente*”.

En este sentido, podemos citar la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de septiembre de 2000 (Ponente Sra. Arriero), en la que se declara expresamente que "*la circunstancia de que no conste un consentimiento escrito y expreso en las actuaciones no quiere decir que el mismo no se haya prestado, existiendo indicios en las actuaciones a través de las cuales se infiere su existencia*".

Igualmente, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de marzo de 2004 declara, siguiendo doctrina ya recogida en sus anteriores Sentencias de 3 y 26 de septiembre de 2000 que "*la forma escrita del consentimiento no resulta imprescindible, si consta efectivamente prestado, no siendo preciso que se acredite mediante prueba documental sino que la información y el consentimiento pueden mostrarse por cualquier medio de prueba*".

Por lo tanto, el protocolo escrito deja ya de ser el instrumento de satisfacción del deber de consentimiento informado, convirtiéndose, en los términos en los que se expresa la Ley, en una mera prueba de que, en determinados supuestos, el mismo efectivamente se ha cumplido. La satisfacción de tal deber, tanto cuando no se exige necesariamente la forma escrita como cuando sí se exige, debe producirse a través de la conversación entre médico y paciente. Sin embargo, en aquellos casos en los que el acto o tratamiento médico ostente una especial importancia o los riesgos revistan, *a priori*, especial relevancia, debe plasmarse el deber en un protocolo escrito como prueba de que, en tales supuestos, se ha satisfecho el deber.

4. Ausencia de protocolo: un problema de carga de la prueba

La presencia o ausencia del correspondiente protocolo actuará no ya como instrumento probatorio que permite considerar cumplido o no tal deber, sino como elemento que determinará quién tiene la carga de la prueba en materia de consentimiento informado. De este modo, y siguiendo el tenor de los artículos 4.1 y 8.2 de la Ley de autonomía del paciente, cuando exista un protocolo escrito de consentimiento informado debidamente firmado por el paciente habrá de ser éste, y no el médico, quien desvirtúe la presunción de que sí se cumplió con el deber legal. Además, tal presunción alcan-

zará también al hecho de considerar que el paciente era consciente y conocedor de lo que firmaba, como señala la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2008¹⁷.

Por el contrario, cuando no exista protocolo escrito podemos encontrarnos ante tres situaciones diferentes con sus propios efectos en la determinación de la parte sobre la que habrá de recaer la carga de la prueba; a saber:

Un primer supuesto de hecho vendría referido a aquellos actos médicos en los que rige el principio general de oralidad, dado que no concurre ninguna de las excepciones que establece el artículo 8.2 *in fine*. Se trataría de actos o tratamientos médicos en los que la Ley no exige la forma escrita y en los que, si además queda constancia en la historia clínica de que efectivamente se ha cumplimentado el deber de información, la carga de la prueba habrá de recaer necesariamente sobre el paciente o familiar reclamante. Habrán de ser éstos, en función de la presunción de que sí hubo consentimiento informado, los que desvirtúen dicha presunción¹⁸. Aquí la anotación en la historia tendrá la fuerza probatoria del formulario escrito, provocando una presunción *iuris tantum* acerca del cumplimiento del deber.

¹⁷ En la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 21 de julio de 2008, versa sobre el caso de una paciente extranjera que alegaba que, pese a firmar el correspondiente protocolo, no entendió suficientemente la información sobre el acto médico, dado que su conocimiento del español era muy limitado. Pues bien, por la Sala se declara, literalmente, que "*De todo lo expuesto cabe deducir, a juicio de la Sala, que la recurrente fue debidamente informada de los riesgos de la operación quirúrgica, sin que sea suficiente para desvirtuar esta afirmación el hecho de que la recurrente sea extranjera, ya que ello no quiere decir que no entendiera nada del castellano, o por lo menos dicho extremo no ha quedado acreditado por la recurrente, ni que no comprendiera las explicaciones dadas por el personal del hospital que la atendieron en su día, ya que de la testifical realizada a propuesta de la recurrente se dice que tenía dificultades para hablar como para entender, pero no que tuviera un desconocimiento total del idioma del cual poder deducir la falta total de información por parte del equipo médico que la atendió*". La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 1 de marzo de 2004 señala que la firma del consentimiento por el paciente genera la presunción de que el mismo era conocedor de lo que firmaba, sin que baste para desvirtuar el valor probatorio del protocolo escrito la mera alegación de no haberse sabido interpretar su contenido.

¹⁸ Así lo recoge, en el ámbito de la prescripción de fármacos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de noviembre de 2008, en relación a la heparina.

Un segundo supuesto de hecho, en el que, como en el anterior, no hay exigencia de satisfacción por escrito del deber, pero tampoco hay constancia de tal extremo en la historia clínica. En estos casos, el deber de probar recaería ya en el médico, pero, dado que la forma verbal es la que viene exigida por la propia Ley de autonomía del paciente, la mera presunción de que el paciente había de conocer el tratamiento (por el número de visitas anteriores, relación con el médico, enfermedades que implican largos procesos, ...), permitiría considerar acreditado el cumplimiento del deber. De este modo, se podría afirmar que no hay un verdadero traslado de la carga de la prueba al médico, sino que por ambas partes habrán de aportarse los elementos necesarios para ilustrar al Tribunal acerca de qué versión es más creíble. En estos casos, estaríamos ante un traslado de la carga de prueba aparente o débil. La mera concurrencia de un elemento fáctico que permita presumir que el deber sí fue efectivamente cumplido sirve para acreditarlo.

Un tercer supuesto de hecho sería aquel en el que la Ley exige ya la forma escrita y no figura que se haya formalizado ningún protocolo al respecto. En este caso, la carga de la prueba ha de recaer obviamente sobre el médico, de manera que si el médico no aporta al proceso ningún elemento probatorio que permita desvirtuar suficientemente la presunción de que no se ha cumplido con el deber, incluso, aún cuando el paciente haya mantenido una postura pasiva en el proceso, no desplegando ninguna actividad probatoria, habrá de declararse judicialmente la antijuridicidad del daño sufrido por el paciente¹⁹.

El formulario escrito no constituirá una formalidad exigida *ad solemnitatem*, sino meramente *ad probationem*, de modo que la ausencia de aquél provoca que la carga de la prueba se desplace al médico, más aún, cuando para el paciente supondría probar un hecho de carácter negativo. Además, este traslado de la carga de la prueba encontraría también fundamento en la doctrina de la facilidad probatoria, de manera que, no existiendo

¹⁹ Como declara la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2006, no se excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento se ajuste a esta forma documental tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba en los términos que hemos planteado.

protocolo escrito debidamente cumplimentado, será el médico, por la facilidad en el acceso al resto de elementos que permitirían desvirtuar la presunción (anotaciones en la historia, declaraciones de testigos) el que debe aportarlos al proceso. Así lo vienen declarando de manera reiterada nuestros Tribunales de Justicia, pudiendo verse, entre otras, las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de enero y 27 de abril de 2001 y 29 de mayo y 8 de septiembre de 2003.

5. Un doble criterio para determinar los efectos de la ausencia de consentimiento: prueba de presunciones e intrascendencia de la falta de prueba del consentimiento

Como acabamos de comprobar, la prueba de presunciones recobra un papel estelar en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. Sin embargo, siendo su virtualidad muy relevante en sede judicial, en muchas ocasiones tampoco podrá proclamarse la antijuridicidad del acto médico pese a que no concurra ninguna de dichas presunciones, ya que tal ausencia puede carecer de toda trascendencia jurídica. Podríamos decir que se trataría de un mero incumplimiento legal inocuo.

De este modo, nuestros Tribunales manejan un doble criterio. En primer lugar, y con carácter previo a desplegar el esfuerzo probatorio sobre los elementos que informan a favor de que pueda presumirse o no la cumplimentación del deber de consentimiento informado, debe atenderse a qué trascendencia tiene en el caso concreto objeto de enjuiciamiento la ausencia de consentimiento informado.

Por lo tanto, no habrá derecho a ser resarcido, con independencia de que pueda o no acreditarse la concurrencia de consentimiento informado por prueba de presunciones, cuando pueda deducirse que de haber mediado la información, el paciente no habría rechazado el tratamiento prestado o no habría interesado otro parecer facultativo tanto para el diagnóstico como para el tratamiento. Este supuesto viene referido, por tanto, a la ausencia de alternativa terapéutica.

En tales casos, los Tribunales consideran, sobre todo cuando las consecuencias de que el paciente no hubiera aceptado intervenirle hubieran sido considerablemente más graves (por ejemplo, muerte) que las realmente padecidas por el pacien-

te como consecuencia del acto médico, que la ausencia de consentimiento escrito carecen de relevancia. Como puede comprobarse, en estos supuestos lo relevante no es ya que el consentimiento informado se hubiera satisfecho por escrito, sino la mera intrascendencia del propio deber, ya que, según las reglas de la sana crítica, no hubiera cambiado el parecer del paciente.

Así se afirma en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2007, ya que las consecuencias de la intervención quirúrgica son "*riesgo que debe asumir la paciente, al tratarse además de una intervención a todas luces necesaria, pues el practicado era el único tratamiento posible*".

En similares términos, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 9.ª) de 12 de enero de 2006, dispone que no cabe hablar de falta de consentimiento informado al haberse aplicado el único tratamiento pertinente, y a este respecto, no se debe olvidar que la esencia del consentimiento informado radica en la posibilidad de optar, no entre varios facultativos sino entre varias actividades o alternativas diagnósticas o terapéuticas, de modo que faltando esa posibilidad de elección el consentimiento informado pierde su razón de ser. O, como manifiesta la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 4.ª) de 9 de mayo de 2001, el derecho a ser resarcido surge si la información por ser errónea provoca un consentimiento viciado de raíz o desde la prueba de la inexistencia del consentimiento informado, al no constar ni siquiera una base para deducirlo por presunciones, se deduce que de haber mediado la información -y así el consentimiento informado- el paciente habría rechazado el tratamiento prestado o habría interesado otro parecer facultativo tanto para el diagnóstico como para el tratamiento²⁰.

Si, por el contrario, se determina que la ausencia de consentimiento informado sí posee trascen-

²⁰ En Sentencia de esta misma Sección de 19 de septiembre de 2001, se declara que "*en el expediente administrativo consta un consentimiento genérico, pero, dada la gravedad de la intervención realizada con fecha 7 de Febrero de 1991 (provocada por la existencia de un tumor en el cerebro) no parece razonable entender que la indicación de las secuelas aparecidas (ó incluso de mayor intensidad que pudieran aparecer) hubieran hecho desistir a la recurrente de someterse a la intervención quirúrgica a la que se sometió*".

dencia en el caso concreto, es cuando habrá de entrar en juego la prueba de presunciones, habiendo de acudir a diferentes elementos fácticos que permitirían desvirtuar la presunción *iuris tantum* de que, no existiendo protocolo escrito, no se cumplió con dicho deber legal del médico.

Entre los elementos a los que la doctrina de los Tribunales de Justicia ha otorgado especial relevancia en orden a considerar probado que hubo consentimiento, pese a no constar éste por escrito, destacan los siguientes:

- Formación del propio paciente
- Síndrome del recomendado
- Tratamientos o cirugías previas idénticas con prueba del deber
- La ausencia de mención a la falta de consentimiento o información en los escritos de reclamación presentados con anterioridad a la demanda²¹
- Procesos asistenciales prolongados²²
- La anotación en la historia clínica
- Prueba testifical
- Firma de otros protocolos de actos relacionados²³

²¹ La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de octubre de 2002, no admite la ausencia de consentimiento informado, dado que su alegación se produce en trámite de casación, sin que se hubiera invocado la misma ni en el procedimiento administrativo ni en la instancia. Resulta también muy interesante la apreciación que hace la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de junio de 2009, la cual viene a estimar que sí se cumplió con el deber del consentimiento informado, ya que, pese a no constar formulario escrito en la causa, el paciente y a la sazón demandante manifestó al propio perito judicial, según éste recoge en su informe, que sí firmó un protocolo escrito de consentimiento.

²² Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia (Sección 8.ª) de 4 de junio de 2008, señala que si la demandante venía siendo asistida de su proceso tiempo antes, resulta completamente ilógico y fuera de todo criterio razonable, pensar que no sabía que iba a ser intervenida y cuál era el propósito y necesidad de la intervención lo que era claro que conocía, pudiendo por tanto plantear las dudas, ella o los familiares, o solicitar información adicional de estímulo necesario y no consta ni se dice en la demanda tampoco que tal información no pudiera solicitarse o que le fuera negada. En similares términos, puede verse la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 16 de abril de 2008.

²³ La Audiencia Provincial de León en su Auto de 17 de septiembre de 2002 declara que firmado el consentimiento

En todo caso, entendemos que la eficacia probatoria que respecto del consentimiento informado posee cada uno de estos elementos fácticos no es idéntica, de manera que, si bien, en muchos casos, la mera concurrencia de uno de ellos debe ser suficiente para desvirtuar la presunción *iuris tantum* de no cumplimentación del deber, en otros supuestos, deberán concurrir al menos dos o más conjuntamente. Así, por ejemplo, el elemento del síndrome del recomendado²⁴, de la formación del paciente²⁵ (más aún, cuando se trata de un médico) o de las cirugías previas idénticas²⁶ poseen por sí mismos virtualidad probatoria suficiente para afirmar que sí se prestó el consentimiento, aunque este no figure en un formulario escrito. A este respecto, si se acredita que el paciente, por sus singulares características o por su formación profesional había de conocer con cierta precisión los riesgos de la ciru-

para la intervención quirúrgica por rotura del tendón rotuliano, no es preciso firmar un nuevo consentimiento para la retirada del material de osteosíntesis posterior.

²⁴ La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 16 de abril de 2010, da especial importancia en la acreditación de que sí hubo información, pese a no constar protocolo escrito, a la relación que el médico tenía con la familia de la paciente, a muchos de cuyos miembros había asistido en ocasiones anteriores.

²⁵ Véase, a este respecto, la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2004, la cual versa sobre una paciente, enfermera de profesión, que alegaba que no había sido informada en una cirugía oftalmológica. Para el Tribunal la condición profesional de la paciente, más aún cuando era miembro del equipo de enfermería del propio Servicio de Oftalmología, permite acreditar que la misma necesariamente hubo de estar informado del acto quirúrgico. Esta Sentencia trae también relación con el supuesto del síndrome del recomendado. En similares términos, puede verse también la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2008, en la que el paciente es médico. Incluso, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Mérida de 31 de mayo de 2004 va más allá y considera que, dado que la paciente era titulada universitaria, hay que presumir que era conocedora de las consecuencias de someterse a una intervención de legrado uterino.

²⁶ La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007, manifiesta que *“por otro lado y respecto al consentimiento informado, ya fue examinada con anterioridad la cuestión y en modo alguno se ha acreditado la infracción de las normas sobre racional interpretación de la prueba realizada por el Tribunal de instancia, pues lo ilógico sería que no existiera información suficiente sobre la práctica de la litotricia en un paciente que ha sido sometido en seis ocasiones, a dicho acto médico, sin que el mismo pudiera ser informado sobre el posible riesgo de una perforación intestinal que hasta entonces no se había producido en la historia médica”*.

gía, resulta evidente que no ha de exigirse ningún otro elemento probatorio para considerar acreditado que el paciente estaba informado del acto médico. Exigir la firma del consentimiento cuando, por tales elementos, queda acreditado que el paciente era perfecto conocedor de los riesgos del acto médico constituye un mera burocratización del deber que es contraria al principio que preside la Ley de autonomía del paciente.

Por el contrario, otros elementos fácticos, como la mera anotación en la historia clínica²⁷, la prueba testifical²⁸ o la firma de otros protocolos respecto de acto relacionados²⁹, como pudiera ser la firma del consentimiento de anestesia, no deben ser, en principio, considerados suficientes por sí solos para desvirtuar la presunción, salvo que concurren dos o más conjuntamente. Por ejemplo, aquellos casos en los que en la historia de cirugía consta una anotación sobre la cumplimentación del deber de información y además existe un formulario de anestesia para el mismo proceso clínico debidamente cumplimentado.

Así pues, la mera presencia de uno de estos elementos sólo podrá considerarse suficiente para acreditar que sí se cumplió con el deber de consentimiento informado cuando nos encontremos en el supuesto en el que la Ley no exige para el acto médico concreto la forma escrita y no conste en la

²⁷ Pueden verse, a estos efectos, las Sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000.

²⁸ Para el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Santiago de Compostela en su Sentencia de 11 de enero de 2010, se considera probado el deber de consentimiento informado, pese a que el correspondiente protocolo figura firmado, no por la paciente, sino por su marido, en base a la declaración del Jefe de Servicio y al hecho de que la paciente había sido sometida con anterioridad a una cirugía similar. Igualmente, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de julio de 2002, considera también probada la información, sobre la base de la declaración de los médicos y las anotaciones que constan en la historia a lo largo del proceso asistencial.

²⁹ La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Pamplona de 22 de marzo de 2004, considera difícilmente aceptable que una persona pueda autorizar la anestesia a aplicar en una intervención quirúrgica, sin que al mismo tiempo autorice ésta. Por otro lado, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Mérida de 8 de marzo de 2010, considera probado el cumplimiento del deber de consentimiento al constar en el historial no sólo los consentimientos de la anestesia debidamente firmado, sino también varias anotaciones sobre la información acerca del acto quirúrgico.

historia clínica anotación sobre tal extremo. Cuando la Ley exige ya el formulario escrito han de concurrir dos o más elementos fácticos para considerar desvirtuada la presunción *iuris tantum* de no satisfacción del deber.

6. Conclusión

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, el deber legal de obtener del paciente el consentimiento informado se ha visto sustancialmente modificado a partir de la Ley de autonomía del paciente. Frente a una regulación en la que primaba la forma escrita se ha pasado a una regulación en la que la primacía de la forma verbal es evidente. El consentimiento informado es ahora esencialmente verbal. La Ley reduce la exigencia de la forma escrita a determinados actos médicos que quedan singularizados por la especial trascendencia o gravedad de los riesgos que pudieran derivarse de los mismos para el paciente.

Esta primacía de la forma verbal tiene una repercusión evidente en el ámbito de la prueba en los procesos de responsabilidad médica, ya que el debate sobre el consentimiento informado en el proceso es, en esencia, un problema de prueba.

Además, tal primacía se traduce también en la importancia que tendrá la prueba de presunciones, sobre todo, en aquellos supuestos en los que, exigiéndose legalmente la forma escrita, no figure en el historial clínico un formulario escrito. En dichos casos, habrá de presumirse *iuris tantum* que no se ha satisfecho el deber médico, lo que en la esfera procesal provocará que la carga de la prueba se traslade del demandante (paciente) al demandado (médico). Será entonces el médico quien haya de probar que sí cumplió con dicho deber, a lo que presuntamente se contraponen la inexistencia de formulario escrito.

Así, en primer lugar, debe determinarse qué trascendencia tiene en el caso concreto objeto de enjuiciamiento la ausencia de consentimiento informado. De este modo, cuando por el médico se aporten los elementos necesarios que permitan presumir que de haber mediado la información, el paciente no habría cambiado su parecer, es decir, hubiera aceptado el tratamiento, no podrá proclamarse responsabilidad alguna por falta de consentimiento. El incumplimiento de tal deber será un hecho jurídicamente inocuo.

En caso contrario, por el médico se deben aportar los elementos fácticos que permitan al Juzgador establecer, según las reglas de la sana crítica, que sí hubo forma verbal y, por tanto, sí se cumplió con el deber de consentimiento informado.

Estos elementos a través de los que se articula la prueba de presunciones poseerán diferente eficacia probatoria, de manera que, mientras algunos de ellos por sí mismos permitirán considerar acreditado que se satisfizo el consentimiento, otros por el contrario han de concurrir conjuntamente para desvirtuar aquella presunción de no cumplimiento del deber.

RECHAZO AL TRATAMIENTO Y RIESGOS PARA LA VIDA DEL PACIENTE.

Javier García Amez
Abogado

I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO AL RECHAZO AL TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN. III. CAPACIDAD PARA RECHAZAR EL TRATAMIENTO. a.) Introducción. b.) El rechazo al tratamiento en personas adultas capaces. c.) El rechazo al tratamiento en menores de edad y personas incapacitadas. **IV. EXCEPCIONES.** a.) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. b.) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. **V. EL RECHAZO AL TRATAMIENTO EN EL CASO DE INTERNOS EN CENTROS PENITENCIARIOS.** a.) Introducción. b.) Marco normativo. c.) Marco jurisprudencial. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de autonomía de la voluntad del paciente constituye un elemento esencial de la relación médico- paciente¹. El paciente no se encuentra sujeto al paternalismo dominante en la an-

tigüedad, conforme al cual no tomaba decisión alguna sobre su salud, sino que era el médico la persona que decidía al respecto. Del Paternalismo médico se ha pasado a un sistema de autonomía del paciente en el cual el paciente es el eje, la persona encargada de decidir sobre las decisiones que afectan a su salud sin verse sometida a condicionantes externos². Una muestra de todo ello es el consentimiento informado para toda intervención que se quiera realizar sobre la salud de la persona³.

Partiendo de la base del principio de libertad consagrado en el artículo 10 de la Constitución⁴, el

¹ Sobre el principio de autonomía en las relaciones sanitarias, véase por todos BEUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford, New York, 6ª ed., 2009, págs. 99- 139, GALLEGO RUESTRA, S., *El Derecho del Paciente a la Autonomía Personal y las Instrucciones Previas: Una Nueva Realidad Legal*, Aranzadi- Thomson- Reuters, Cizur Menor, 2009, págs. 64- 70, CANTERO MARTÍNEZ, J., *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Bomarzo, Albacete, págs. 7-10, 2005 y LAPORTA SANMIGUEL, F. J., “Algunas incógnitas del principio de autonomía en tratamientos médicos”, en MENDOZA BUERGO, B. (Ed.), *Autonomía Personal y Decisiones Médicas. Cuestiones Éticas y Jurídicas*, Thomson- Reuters, Madrid, 2010, págs. 19- 34.

² Cfr. PANAGOPULOU- KOUTNATZI, F., *Die Selbstbestimmung des Patienten*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, pág. 24

³ Sobre el mismo, vid. GALLEGO RUESTRA, S., *El Derecho del Paciente...*, cit, págs. 70- 76 y 87 – 100.

⁴ En concreto, ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la Vida Humana*, Centro de Estu-

paciente ha de consentir necesariamente que el médico intervenga, siendo además libre de decidir sobre poner fin a una intervención o no aceptar un tratamiento propuesto por un facultativo, aunque con ello pueda poner fin a su vida⁵, lo que ha sido considerado un derecho que reviste el carácter de fundamental que se encuentra enmarcado dentro del contenido del derecho fundamental al derecho a la integridad física, recogido en el artículo 15.1 de la Constitución Española⁶. El derecho al rechazo del tratamiento encuentra igualmente acomodo en el ámbito del artículo 16.1 de la Constitución, que recoge el derecho a la libertad ideológica y religiosa, ya que, en no pocas ocasiones los pacientes aducen motivos ideológicos de cara a justificar el rechazo⁷. Tal es el caso de la negativa a recibir transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová, o de las huelgas de hambre en el ámbito penitenciario. No obstante, debe destacarse que, en general, el derecho a rechazar un tratamiento, o a decir “no”⁸, debe buscarse en el ámbito del derecho a la Autonomía del Paciente, en su derecho a tomar decisiones de una manera libre y no coartada sobre su salud, aunque no debe obviarse el importante papel que juega el derecho a la libertad ideológica y religiosa en este ámbito, puesto que una parte de su contenido viene dado, precisamente, por la posibilidad que tiene el sujeto de actuar conforme a sus propias creencias, sin más limitaciones que las necesarias para preservar el orden público.

dios Ramón Areces, Madrid, 1994, pág. 432, señala que «es indiscutible el derecho del paciente a decidir de forma general sobre su propio tratamiento como ámbito de su propia libertad, lo que implica la necesidad de otorgar su consentimiento (él o quien deba sustituirle legalmente si no está en condiciones de hacerlo por sí mismo) después de haber recibido la información necesaria; sólo así podrá otorgar el llamado «consentimiento informado». No es menos cierto que también le asiste el derecho a negarse a él si lo estima más conveniente para sus intereses personales».

⁵ Cfr. HERRING, J., *Medical Law and Ethics*, Oxford University Press, New York, 2ª ed., 2008, pág. 503.

⁶ Vid. TOMÁS- VALIENTE, LANUZA, C., *La Cooperación al Suicidio y la Eutanasia en el nuevo C. P. (art. 143)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, págs 36- 37 y *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, CEPC, Madrid, 1999, págs. 329- 330.

⁷ Vid. LARIOS RISCO, D., “La nueva relación asistencial”, en LARIOS RISCO, D. (Coord.), *Marco Jurídico de las Profesiones Sanitarias*, Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 220-221.

⁸ Vid. BRAZIER, M. y CAVE, E., *Medicine, Patients and the Law*, Penguin, London, 4ª ed., 2007, págs. 101- 104.

II. EL DERECHO AL RECHAZO DEL TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN

Aún a pesar de que el derecho a rechazar un tratamiento puede desprenderse de la Constitución, no será hasta la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, LGS), cuando expresamente se reconozca el mismo por parte del legislador ordinario. El artículo 10.9 LGS contemplaba la posibilidad de que el paciente pudiera rechazar, tras haber sido informado sobre su proceso y las alternativas al mismo, el tratamiento ofrecido por el médico, en cuyo caso debía manifestar por escrito la negativa, solicitando el alta voluntaria del centro hospitalaria⁹. Se permitía el rechazo del tratamiento, aunque condicionándolo a la posterior solicitud de alta voluntaria por parte del paciente¹⁰. No obstante, como todo derecho, se veía sujeto a una serie de límites, recogidos en el apartado 6 de este mismo artículo 10, que limitaba el derecho a rechazar el tratamiento en los una serie de supuestos¹¹.

Con el paso del tiempo se va a aprobar en el seno del Consejo de Europa el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito el día 4 de abril de 1997, y en vigor para España desde el 1 de enero del 2000 (conocido como Convenio de Oviedo), que implicó una importante modificación en el pa-

⁹ Obligación que ha sido calificada de coacción inadmisibles para el paciente no conformista. Al respecto *vid.* GRACIA GUILLEN, D., *Fundamentos de Bioética*, Triacastela, Madrid, 2ª ed., 2007, págs. 181- 182 y ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética...*, cit., pág. 433.

¹⁰ Artículo que ha de relacionarse con el artículo 11.4 de la LGS que regula el alta hospitalaria en estos supuestos. Según este artículo, es obligación del paciente: «4. Firmar el documento de alta voluntaria en los casos de no aceptación del tratamiento. De negarse a ello, la Dirección del correspondiente Centro Sanitario, a propuesta del facultativo encargado del caso, podrá dar el alta.»

¹¹ En concreto señalaba los siguientes: a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública, b) cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas, y c) cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. Sobre las mismas, *vid.* ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética...*, cit., págs 433- 440, GALLEGO RIESTRA, S., *El Derecho del Paciente...*, cit., págs. 85- 87 y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª. P., *La impropriadamente llamada Objeción de Conciencia a los Tratamientos Médicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, págs. 149-162.

norama sanitario, y que desembocó en la aprobación de la Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LDO), cuyo artículo 2.4 contempla, de manera bastante escueta, y recogiendo los mismos términos que el artículo 10.9 LGS, derogado por la LDO, el derecho al rechazo al tratamiento. En concreto, señala, dentro de los principios informadores, que «4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.». No obstante, este rechazo viene condicionado nuevamente al alta voluntaria, ya que según señala el artículo 21 LDO, «1. En caso de no aceptar el tratamiento se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Estas circunstancias quedarán debidamente documentadas. 2. En el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oír al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión.». Adviértase que, el legislador, contempla en este punto un aspecto sobre el que no se había pronunciado anteriormente la LGS, como es el caso de la posibilidad de que el paciente rechace un tratamiento pero el propio centro ofrezca uno alternativo y lo acepte el paciente, o, incluso, el propio paciente puede sugerir algún tratamiento alternativo al facultativo, que éste podrá aceptar siempre que no sea contrario a la *lex artis*¹². En estos casos, el paciente no estará obligado a firmar el alta voluntaria, y por tanto se podrá someter al tratamiento alternativo propuesto.

Éstas son las únicas referencias que encontramos a lo largo de la LDO al rechazo al tratamiento, sin que el legislador haya querido establecer con mayor claridad cuáles son los límites de este derecho, ni tampoco los requisitos exigidos para su

ejercicio, puesto que únicamente contempla los requisitos procedimentales que se exige, de ahí, que deba acudir a la regulación general de los tratamientos médicos, más en particular del consentimiento informado¹³.

III. CAPACIDAD PARA RECHAZAR TRATAMIENTO

a. El rechazo al tratamiento en personas adultas capaces

En estos casos se parte de la regla general del consentimiento informado, ya que no ha de olvidarse que, el paciente, ha de consentir de manera libre y voluntaria, cualquier intervención que se quiera llevar a cabo en su cuerpo, tal y como imponen los artículos 2.4 y 8.1 LDO. Así pues, el facultativo que ha cumplido con la obligación de informar al paciente sobre el tratamiento médico, al igual que las consecuencias que de las alternativas existentes, debe respetar la voluntad del paciente de no verse sometido al tratamiento.

No obstante, sucede que en determinadas situaciones, como hemos señalado, el paciente puede rechazar el tratamiento ofrecido por el facultativo, al igual que sus alternativas, pero a cambio ofrece una alternativa, un tratamiento que estima adecuado y conveniente, al objeto de que el facultativo lo acepte. En tal caso, el facultativo ha de valorar la solicitud, y lo podrá aceptar siempre que el mismo

¹³ Debe señalarse que varias Comunidades Autónomas han venido a recoger expresamente esta disposición de la LDO en su propia normativa de salud. Tal es el caso de los artículos 6.1.p) de la Ley 2/1998, de 15 junio, de Salud de Andalucía, 49.9 de Ley 1/1992, de 2 julio de Servicio de Salud de Asturias, 6.1.p) de la Ley 11/1994, de 26 julio, de Sanidad de Canarias, 30 de la Ley 7/2002, de 10 diciembre, de Sanidad de Cantabria, 32 de la Ley 8/2003, de 8 abril, sobre derechos y deberes de la personas en relación con la salud de Castilla y León, 22 de la Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha, 30 de la Ley 3/2005, de 8 julio, de Información Sanitaria y Autonomía del Paciente de Extremadura, 3.3 de la Ley 3/2001, de 28 mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, 47 de la Ley 3/2009, de 11 mayo de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de Murcia, 8 de la Ley Foral 10/1990, de 23 noviembre, de Salud de Navarra, 1, g), h) e i) del Decreto 175/1989, de 18 julio, de la Consejería de Sanidad y Consumo, por el que se aprueba la Carta de derechos y obligaciones de pacientes y usuarios, 6.6.a) y 22 de la Ley 2/2002, de 17 abril, de Salud de la Rioja.

¹² Según señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1996.

no sea contrario a la *lex artis*¹⁴, en cuyo caso el facultativo no tendrá la obligación de aceptarlo.

En este punto, el ámbito más conflictivo que ha existido es el relativo al rechazo de las transfusiones de sangre por parte de los Testigos de Jehová¹⁵. Como es sabido, este grupo de personas rechaza este tratamiento médico, basándose en sus creencias religiosas¹⁶, generando una serie de problemas para llevar a cabo operaciones quirúrgicas en las que se hace necesario transfundir para que la vida del paciente no corriese riesgos, ya que aún a pesar de ser informados de que no existe una alternativa a la transfusión, y del riesgo que corre su vida, éstos rechazan misma.

Aquí el problema está en determinar qué se ha de hacer, respetar la voluntad del paciente adulto capaz o salvaguardar la vida y la salud del mismo, conflicto de no fácil solución. Igualmente, no hemos de olvidar que también está en juego el derecho fundamental a la libertad religiosa, establecido en el artículo 16.1 de la Constitución, sobre la cual el Tribunal Constitucional ha señalado que no sólo implica el derecho a que el individuo forme sus propias creencias, sino también el derecho a poder manifestarlas hacia el exterior, actuando según las mismas, si bien, con un límite, marcado por el propio artículo 16 de la Constitución¹⁷: el mantenimiento del orden público protegido por la ley¹⁸.

¹⁴ Vid. LARIOS RISCO, D., "La nueva relación...", cit., pág. 224, quien señala que el facultativo puede aceptar la propuesta del paciente si el tratamiento no está indicado, aunque en tales casos será preciso, si se quiere evitar una eventual responsabilidad por las consecuencias de un tratamiento o intervención total o parcialmente distintos a los indicados, que el paciente firme un documento de consentimiento que incluya una renuncia expresa a ejercer cualquier tipo de acción de responsabilidad jurídica contra los profesionales, el Centro, o la Administración sanitaria, en su caso»

¹⁵ Sobre los mis mismos, vid. MARTORELL I M. V. y SÁNCHEZ-URRUTIA, A. (Coords.), *Documento sobre el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová*, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2005.

¹⁶ Un resumen de las causas que llevan a los testigos de Jehová a rechazar los tratamientos, con la transcripción de los textos bíblicos, puede verse en CEBRIÁ GARCÍA, M., *Objeciones de Conciencia a Intervenciones Médicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, págs. 23- 24.

¹⁷ Al respecto, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 20/1990 de 15 febrero, 15/1982, de 23 de abril, 19/1985, de 13 de febrero y 166/1996, de 28 de octubre.

¹⁸ Idéntica limitación aparece señalada en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, que expresamente contempla como límite al ejercicio de

La jurisprudencia, ha señalado que se debe respetar la voluntad del paciente, siempre que de manera libre y voluntaria manifieste su voluntad de no verse sometido a un tratamiento médico, ejerciendo por tanto su derecho a la autonomía de la voluntad, junto con su derecho a la libertad religiosa e ideológica¹⁹. Un tratamiento médico que se impusiese en contra de la voluntad manifestada del paciente, sería considerado un atentado contra la libertad ideológica y religiosa del mismo, que podría desembocar en una responsabilidad penal del médico²⁰.

En todos estos supuestos el enfermo es la persona encargada de decidir sobre su cuerpo, amparándose en motivos religiosos, aunque no debe olvidarse que ante todo, en estos casos nos encontramos ante una manifestación de la libertad de todo paciente de verse sometido a un tratamiento, con independencia de que el motivo de base sea religioso o no²¹. No obstante, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de julio de 1997, ha venido establecer una serie de límites a este derecho a rechazar tratamientos. Partiendo de la base de que el adulto capaz tiene el derecho la libertad religiosa, al igual que a rechazar el tratamiento, en su fundamento de derecho único señala que «la libertad de conciencia y de religión no se garantiza de for-

este derecho «la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.»

¹⁹ Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1993, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha de 15 de abril de 1991, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Extremadura de 4 de marzo de 1992, el auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid de 23 de septiembre 1992.

²⁰ En este punto es clara la sentencia del Tribunal Constitucional 166/1996, al señalar en su fundamento de derecho sexto que, el derecho a la libertad religiosa, «se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agere licere del individuo, es decir, reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales (STC 24/1982). Y ha declarado también en relación con un problema similar al aquí planteado, que una asistencia médica coactiva constituiría una limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tuviera justificación constitucional (STC 120/1990). Asistencia coactiva que, obviamente, no se ha producido en este caso.»

²¹ Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética...*, cit., pág. 132 y TOMÁS- VALIENTE, LANUZA, C., *La disponibilidad de la propia vida...*, cit., págs. 346- 350.

ma absoluta e incondicionada y, en caso de conflicto o colisión, pueden estar limitadas por otros derechos constitucionalmente protegidos, especialmente cuando los que resultan afectados son los derechos de otras personas...el adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección». En estos casos, el derecho a rechazar cede en aras a salvaguardar los intereses de terceras personas que puedan verse afectadas, como pueda ser el caso de los hijos del paciente²².

b. El rechazo al tratamiento en menores de edad y personas incapacitadas

La decisión de un paciente adulto capaz, que de manera libre y voluntaria, decide rechazar un tratamiento médico, debe ser respetada por el facultativo, salvo que se de alguna de la excepciones que veremos, o ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección, según hemos visto. El problema surge en el caso de menores de edad o personas incapacitadas, que deciden negarse a un tratamiento, o bien de los propios representantes legales del mismo que no lo aceptan.

El punto de partida es nuevamente la LDO, que obliga en los artículos 2.2 y 8.1, a recabar el consentimiento informado en toda intervención que se quiera realizar sobre la salud del menor²³. Un consentimiento que, recordemos, ha de ser prestado, o rechazado, una vez que se ha proporcionado a las personas que señala el artículo 5 LDO la información que detalla el artículo 10 de la misma norma. En el caso de menores, la regla general es el consentimien-

to por representación²⁴, según dispone el artículo 9.3 LDO, siendo la persona encargada de emitirlo la que tenga atribuida su tutela o la patria potestad. No obstante, a la hora de emitirse, estas personas han de actuar siempre a favor del menor y con respeto a la su dignidad personal, tal y como dispone no sólo este artículo 9.3LD, sino además los artículos 110 y 154 del Código Civil, siendo obligatorio que el menor participe en la toma de decisiones, tal y como dispone el apartado 5 de este artículo 9 LDO, que en este caso se materializa en el deber de oírle siempre que tenga cumplidos doce años. En el ámbito de los incapaces, esta obligación de velar por la salud y el bienestar del incapaz, está atribuida a su tutor, tal y como expresamente impone el artículo 216 del Código Civil.

La excepción a esta regla general del consentimiento por representación la encontramos en este mismo artículo 9.3 LDO en los supuestos de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos, en cuyo caso serán ellos los encargados de prestar el consentimiento. No obstante, debe recordarse que el artículo 9.4 LDO recoge especialidades para el consentimiento en materia de interrupción voluntaria del embarazo y en la práctica de ensayos clínicos, que se registrará por su propia normativa²⁵.

Especial atención merece la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de de 18 julio, que viene a sentar la doctrina constitucional sobre el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de menores de edad testigos de Jehová, basándose en motivos religiosos. Así, según esta sentencia no cabe duda que el menor de edad es titular del derecho a la libertad religiosa²⁶, tal y como recoge no sólo el texto constitucional y la Ley Orgánica de

²² Cfr. BARRERO ORTEGA, A., "Vida, Salud y Conciencia Moral", *Derecho y Salud*, núm. 13, 2005, págs. 221- 222.

²³ Sobre la problemática del menor en el ámbito sanitario, vid. MILLÁN CALENTI, R., "Las edades y la capacidad de obrar en la sanidad: la doctrina del menor maduro", *Derecho y Salud*, núm. 19, 2010, págs. 125- 128, BELTRÁN AGUIRRE, J. L., "La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica *Derecho y Salud*, núm. 15, 2007, págs. 9- 26 y CANTERO MARTÍNEZ, J., "El consentimiento informado del paciente menor de edad. Problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades", *Derecho y Salud*, núm. 18, 2009. pág. 1- 19.

²⁴ Sobre el consentimiento por representación, GALLEGO RUESTRA, S., *El Derecho del Paciente...*, cit., pág. 114- 115, señala que el hecho de que la LDO señale que, en el caso de menores de dieciséis años, el consentimiento sea emitido por representación, no implica que el menor de esta edad no pueda consentir, ya que en tal caso debe acudirse a los criterios generales que marca el Código Civil al respecto, y valorar de manera individualizada, y caso por caso, si puede o no consentir, una valoración que ha de ser llevada a cabo por parte del médico que le asiste. Igualmente, véase el artículo 5.2 de la Convención de Asturias de Bioética.

²⁵ En concreto por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la interrupción voluntaria del embarazo y el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los Ensayos Clínicos con Medicamentos.

²⁶ Según ha señalado la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo.

Libertad Religiosa y la normativa propia reguladora de los derechos del menor, Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor y que modifica parcialmente el Código y la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 6.1 declara que el menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión²⁷, imponiendo en el apartado tercero, a los padres o tutores el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral.

El artículo 2.4 LDO, según hemos señalado, recoge el derecho a rechazar el tratamiento. Una vez informado el paciente o su representante, éste puede negarse al tratamiento, o incluso, una vez que ha sido autorizado por él, solicitar su retirada, pudiendo alegar el derecho a la libertad religiosa del menor. En tales supuestos se debe insistir nuevamente en la información sobre el tratamiento, al objeto de poder emitir una opinión sobre el mismo, explicando la causa que justifica ese tratamiento, y los riesgos de tal decisión de rechazarlo. Si aún así se rechaza, este rechazo se constatará por escrito, y se estudiarán los tratamientos alternativos al propuesto inicialmente, que serán consentidos o no nuevamente por el tutor o el menor, aunque aquí, cabe señalar que si la iniciativa de otro tratamiento surge del tutor o del menor, el facultativo únicamente lo aceptará si éste no es contrario a la *lex artis*, en cuyo caso, o en los supuestos de inexistencia de tratamiento alternativo, y siempre que la situación no genere riesgo para el paciente, valorará la pertinencia del alta voluntaria, según dispone el artículo 21 LDO.

No obstante, en el caso de que el facultativo entienda que esta decisión es contraria a los legítimos intereses del menor, es posible acudir al auxilio judicial para llevar a cabo un tratamiento en menores a pesar de la negativa, en cuyo caso se pondrá en conocimiento del juzgado de Instrucción o de guardia el rechazo para que valore sobre la aceptación o no del mismo.

IV. EXCEPCIONES

a) Introducción.

El artículo 9.2 LDO recoge con carácter general aquellos supuestos en los cuales es posible que

²⁷ Igualmente, véase la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, cuyo artículo 14 recoge este mismo derecho.

un facultativo lleve a cabo una intervención médica sobre un paciente sin que exista su consentimiento, si bien, únicamente contempla esta excepción para aquellas intervenciones clínicas que sean indispensables en favor de la salud del paciente, limitándolas a los siguientes supuestos: a.-) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, y b.-) cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

b) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley.

Es el primero de los supuestos en los cuales se permite llevar a cabo una actuación sobre el paciente sin que sea preciso recabar su consentimiento. Parte de la base de que, en estos casos, el derecho a la autonomía del paciente cede a favor de la colectividad²⁸, ya que es preciso realizar la actuación para salvaguardar la salud pública, aplicando en estos casos el principio de justicia²⁹. No obstante, como el concepto de salud pública se muestra claramente ambiguo y abierto, la LDO en aras a salvaguardar el derecho a la autonomía del paciente, prevé que esta actuación únicamente puede llevarse a cabo «*siempre que exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley*». De este modo, el facultativo tiene que acudir a la legislación ordinaria de cara a conocer los casos en los cuales es posible adoptar una medida al amparo de este artículo 9.2 LDO³⁰.

²⁸ Es claro ROVIRA A., *Autonomía Personal y Tratamiento Médico*, Thomson- Aranzadi, Madrid, 2007, pág. 182, «[l]a primera excepción a la obligación de contar con el consentimiento para poder intervenir médicamente a una persona se da cuando la enfermedad del paciente supone un peligro serio para lo que le rodean o para la salud pública en general. Un problema, en definitiva, de defensa de los derechos de los demás, una cuestión de orden público, límite reconocido con carácter general en la Constitución y recogido como tal en las normas que regulan el derecho a la salud.»

²⁹ Cfr. GALLEGO RIESTRA, S., *El Derecho del Paciente...*, cit., pág. 95.

³⁰ El ejemplo más claro es la vacunación obligatoria. Sobre la misma, vid. CIERCO SEIRA, C., *Administración Pública y salud colectiva*, Comeres, Albolete, 2006, págs. 228- 236.

Otro límite expresamente señalado en este artículo consiste en que, si la medida a adoptar es el internamiento obligatorio de personas, adoptado de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, es preciso que ésta se comuniquen a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas desde el momento en el que se adoptó. No obstante, la citada Ley Orgánica también contempla en su artículo 2 la posibilidad de imponer forzosamente medidas de reconocimiento o de tratamiento, siempre que se aprecien indicios racionales que puedan permitir suponer la existencia o peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en las que se realice una determinada actividad³¹.

c) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

La segunda excepción que contempla el artículo 9.2 LDO³², es la existencia riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, y no es posible conseguir su autorización³³. En estos casos, el facultativo ha de consultar, cuando las circunstancias lo permitan, a los familiares del paciente o a las personas vinculadas de hecho a él. La justificación de la actuación del facultativo viene dada en estos casos por la preponderancia que se da en estos casos al derecho a la vida y la integridad física del paciente, en el conflicto con el derecho a su autonomía, de ahí por tanto que el facultativo pueda actuar sin necesidad de recabar el consentimiento del paciente, pudiendo incluso ampararse frente a hipotéticas demandas de responsabilidad en la eximente de estado de necesidad, según ha reconocido la doctrina³⁴, ya

que en estos casos el bien jurídico lesionado es de menor entidad que el bien jurídico protegido³⁵.

Este supuesto, según hemos señalado, exige la comunicación a determinadas personas de la necesidad de la actuación urgente, con la finalidad de conocer si el paciente habría o no consentido esta actuación, pudiéndose dar la circunstancia de que la respuesta sea esta segunda, es decir, que no aceptaría el tratamiento. En este caso, ha de comprobarse si el paciente cuenta o no con Instrucciones Previas en las que deje constancia de que rechaza tal actuación³⁶. Las Instrucciones previas³⁷, según señala el artículo 11.1 LDO, es el documento por el cual una «persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud». De este modo, el paciente puede señalar que rechaza un determinado tratamiento en las Instrucciones Previas, siendo obligatorio el cumplimiento de las mismas por parte del personal facultativo, que deberá aplicarlas al caso en concreto. No obstante, según el artículo 11.3 LDO, el hecho de que existan unas Instrucciones Previas otorgadas por parte del paciente, no implica que todas las disposiciones se recojan en las mismas deban ser aplicadas, ya que éstas no han de ser contrarias a la *lex artis* ni al Ordenamiento Jurídico, en cuyo caso, y tenor de lo dispuesto en el apartado tercero de este artículo no

³⁵ Recuérdese la regulación que hace sobre la eximente de estado de necesidad el artículo 20.4º, segundo de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, por la que se aprueba el Código Penal.

³⁶ Un ejemplo claro, puede ser el de un paciente que sufre un determinado cáncer Terminal y otorga Instrucciones Previas en las que señala que, en caso de que sufra una parada cardiorrespiratoria, no se le realice la reanimación cardiopulmonar.

³⁷ Sobre las Instrucciones Previas, *vid.* por todos, GALLEGO RUESTRA, S., *El Derecho del Paciente...*, cit., págs. 115-205, AAVV, *La ética y el derecho a la biomedicina del futuro*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, págs. 125-139, ABELLÁN-GARCÍA, F., “Estudio jurídico sobre el marco regulatorio de las instrucciones previas en España: Estado y Comunidades Autónomas”, en SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN SÁNCHEZ, F. (Coords.), *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Comares, Albolete, 2008, págs. 115-171, MÉJICA GARCÍA, J. y DíEZ RODRÍGUEZ, J. R., *El Estatuto del Paciente*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, págs. 138-153.

³¹ Más ampliamente sobre esta norma, CANTERO MARTÍNEZ, J., *La autonomía del paciente...*, cit., págs. 38-40.

³² Contemplada igualmente en el artículo 8 del Convenio de Oviedo.

³³ Sobre la consideración de este precepto como una excepción, y no un límite al consentimiento, *vid.* GALLEGO RUESTRA, S., *El Derecho del Paciente...*, cit., pág. 114 y ROVIRA A., *Autonomía Persona...*, cit., pág. 184.

³⁴ *Cfr.* SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN SÁNCHEZ, F., *Derechos y deberes de los pacientes*, Comares, Albolete, 2003, pág. 53.

serán aplicadas³⁸. Tampoco han de ser aplicadas las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En ambos casos, la LDO obliga a que en la historia clínica del paciente quede constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

Otro supuesto que puede darse a la hora de acudir a este artículo 9.2 LDO, es que el facultativo, a la hora de contactar con las personas que señala el citado artículo, compruebe que según las mismas el paciente no habría accedido a consentir la actuación médica, sino que la habría rechazado, si bien, no ha dejado constancia escrita del rechazo. En estos casos el facultativo puede actuar, ya que sería de aplicación la regla general del artículo 2.4 LDO, que recordemos exige que quede constancia por escrito del rechazo a los tratamientos, aunque en estos casos ha de solicitar autorización judicial al respecto. Únicamente si no es posible esperar a obtener la misma para actuar eficazmente, es posible actuar³⁹, aunque en este caso, tal y como ya hemos señalado más arriba, las medidas que se adopten han de limitarse a intervenciones clínicas que sean indispensables en favor de la salud del paciente.

V. EL RECHAZO AL TRATAMIENTO EN EL CASO DE INTERNOS EN CENTROS PENITENCIARIOS

a. Introducción

El rechazo al tratamiento aunque sea de titularidad universal presenta especialidades en el ámbito penitenciario, en particular, en el caso del rechazo a la alimentación en los supuestos de huelgas de hambre. Tal es el caso, por ejemplo, de las huelgas de hambre llevadas a cabo por internos del GRAPO o de ETA⁴⁰. Los problemas vienen por la problemática que supone para la Administración Penitenciaria afrontar una huelga de hambre, ya que se

sitúa ante el dilema de ceder a favor de las reivindicaciones del huelguista, o contemplar pasivamente el fallecimiento del huelguista⁴¹. Además, el problema se agrava más aún si se tiene en cuenta que en estos casos existe un conflicto entre derecho a la libertad de expresión e ideológica del interno⁴², y el deber de evitar que la salud y la vida del interno se puedan ver afectados⁴³.

b. Marco normativo

A la hora de sentar los principios generales del funcionamiento de la actividad penitenciaria, el artículo 3.4 LGP señala, de manera bastante escueta, que «[l]a Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos». Esta obligación de velar por los citados bienes jurídicos de los internos, será desarrollada más ampliamente por parte del RGP, en concreto, su artículo 210, que regula la asistencia sanitaria en casos de *urgencia vital*⁴⁴. Este artículo, parte de que todo tratamiento médico-sanitario se ha de llevar a cabo siempre con el consentimiento informado del interno. No debe olvidarse que, el consentimiento informado, según hemos señalado en otra parte del presente trabajo, deriva del derecho a la autonomía del paciente, por lo que debe ser respetado, ya que a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.1 LGP, «[l]os internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena.»

En el ámbito penitenciario van a seguir rigiendo las normas generales de la LDO, por lo que en principio el recluso se podría negar a cualquier tratamiento, incluso aquellos que tienen por finalidad hacer frente a un peligro inminente para la vida de éste. No obstante, aquí es donde el RGP incorpora una especialidad con respecto a la LDO. Se permite a la Ad-

³⁸ Vid. GALLEGO RIESTRA, S., *El Derecho del Paciente...*, cit., págs. 180- 184.

³⁹ Cfr. AAVV, *La ética y el derecho...*, cit., pág. 47.

⁴⁰ Problemática que no es exclusiva del Ordenamiento español, en la medida en que también se ha dado en otros países, en concreto en Alemania con las Fracciones de la Armada Roja -*Rote Armee Fraktion*-, en el año 1974. Al respecto, vid. PANAGOPULOU- KOUTNATZI, F., *Die Selbstbestimmund des Patienten...*, cit., págs. 139- 140

⁴¹ Vid. CEBRIÁ GARCÍA, M., *Objeciones de Conciencia...*, cit., pág. 102.

⁴² Artículos 16.1 y 20.1 de la Constitución.

⁴³ Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética...*, cit., pág. 455.

⁴⁴ Artículo que ha sido tachado de inconstitucional por un sector doctrinal, al entender que este artículo carece de la base legal suficiente para imponer la obligación que recoge de actuar en contra del consentimiento del paciente recluso. Al respecto, vid. TOMÁS- VALIENTE, LANUZA, C., *La disponibilidad de la propia vida...*, cit., pág. 336.

ministración limitar el derecho a la autonomía del presidiario, ya que «se podrá imponer un tratamiento contra la voluntad del interesado, siendo la intervención médica la estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del paciente y sin perjuicio de solicitar la autorización judicial correspondiente cuando ello fuese preciso. De estas actuaciones se dará conocimiento a la Autoridad judicial».

No es éste el único supuesto en el cual el interno ve restringido su derecho al rechazo del tratamiento. El apartado segundo de este mismo artículo añade que, la intervención médico-sanitaria, también podrá realizarse sin el consentimiento del paciente cuando el no hacerlo suponga un peligro evidente para la salud o la vida de terceras personas. No obstante, y como garantía, se obliga a dar conocimiento a la Autoridad judicial de todas estas actuaciones, en concreto, al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, aunque debe señalarse que este control de la actuación es un control *a posteriori*, por lo que una vez llevada a cabo la actuación es el momento en el cual va a intervenir el Juez, y no con anterioridad a la medida, requisito que debería exigirse con carácter general por parte de la legislación penitenciaria, salvo en los casos en los cuales la actuación médica no pudiera realizarse eficazmente si se espera la autorización judicial.

Finalmente, el apartado tercero se encarga de regular el internamiento forzoso en centros sanitarios. Cuando por criterio facultativo se precise el ingreso del interno en un Centro hospitalario y no se cuente con la autorización del paciente, la Administración Penitenciaria solicitará de la Autoridad judicial competente, nuevamente el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, la autorización del ingreso de detenidos, presos o penados en un Centro hospitalario, salvo en caso de urgencia en que la comunicación a dicha Autoridad se hará posteriormente de forma inmediata⁴⁵.

Llegados a este momento, cabe señalar que, el artículo 210 del RGP, ofrece serias dudas de legalidad. La obligación allí impuesta, de intervenir forzosa-mente cuando exista peligro inminente para la vida y la salud del interno, sin necesidad de contar con el consentimiento informado, no encuentra fácil acomodo en el seno de la LOGP, norma que desarro-

lla. Ésta, únicamente prevé la obligación, general, de que la Administración Penitenciaria garantice la Salud de los internos, lo que conlleva el establecimiento de una Sanidad Penitenciaria, es decir, dotar a los establecimientos penitenciarios de todos aquellos medios y recursos necesarios para que el interno goce de un estado óptimo de Salud. Lo que no implica en este caso es la obligación de actuar aún en contra, o careciendo de consentimiento informado del interno, para salvaguardar su salud, ya que esta habilitación no puede entenderse comprendida en los términos del artículo 3.1 LOGP, que únicamente señala que, la Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos.

Esto, implica la obligación de dotarse de medios materiales y personales para salvaguardar la vida, integridad y salud de los internos. Por otra parte, debe señalarse que en este caso los internos gozan de todos aquellos derechos que les confiere la LDO, en particular el consentimiento informado, del que no se ven privados por su mera condición de internos. La relación de sujeción especial a la que se ven sometidos no les priva de su capacidad para consentir aquellos actos médicos que se quieren practicar en su persona, sobre todo en aquéllos supuestos en los que la voluntad del paciente no colisiona con los intereses de terceras personas ni con otros bienes o valores constitucionales, tal y como acertadamente han venido ha señalar los magistrados del Tribunal Constitución LEGUINA VILLA y RODRÍGUEZ PIÑEIRO, en sus respectivos votos particulares a la Sentencia 120/1990.

En la medida en que no es posible encuadrar la obligación en el artículo 3.1 LGP, el artículo 210 RGP carece de base legal para hacerlo, y por tanto sería contrario a lo dispuesto en la LDO, en concreto a su artículo 8.1, que exige el consentimiento informado del paciente en toda intervención que se quiera llevar a cabo sobre su salud. Así pues, este artículo 210 RGP debe ser considerado ilegal, al carecer de cobertura legal suficiente para permitir actuar a la Administración Penitenciaria en contra o careciendo de consentimiento del interno.

c. Marco jurisprudencial

El rechazo a los tratamientos médicos por parte de internos que se han declarado en huelga de hambre, ha generado una abundante producción jurisprudencial, sobre todo del Tribunal Constitucional.

⁴⁵ Adviértase que en este caso, y a diferencia del supuesto anterior, la autorización es anterior a la adopción de la medida y no posterior a la misma.

Inicialmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1980, en un supuesto en el cual un interno al cual se le pedía la pena de muerte en un Consejo de Guerra, se declaró en huelga de hambre, uniéndose posteriormente otro grupo de personas, vino a señalar que, en estos casos, es posible limitar el derecho a no ingerir alimentos, e imponer la alimentación forzosa al interno. En concreto, en uno de sus considerandos se afirma que

«el ejercicio del derecho a no ingerir alimentos puede encontrar limitaciones en las situaciones jurídicas de especial sujeción cuando dicha conducta excede del ámbito estrictamente individual para convertirse en una actitud de presión más o menos coordinada que entrañe quebranto del orden o disciplina a que vienen sometidas las personas que se encuentren subordinadas a esa especial sujeción o dependencia y éste es el supuesto del caso de autos en el que el apelante en compañía de otro recluso y coincidiendo con otros seis iniciaron una huelga de hambre como protesta contra las penas de muerte solicitadas en el llamado proceso de Burgos, dando lugar con ello a una anomalía en la vida de la prisión mediante una actitud que excede del lícito acto de renuncia de la ración prevista en el art. 256 del Reglamento de Prisiones o de la simple abstención de comida basada en razones exclusivamente individuales de orden psíquico, sanitario o de otra índole análoga, infringiendo así voluntariamente el régimen normal de funcionamiento del Centro Penitenciario e incurriendo por tanto en falta sancionable.»

En el año 1990, y a propósito de las huelgas de hambre de internos del GRAPO, el Tribunal Constitucional va a sentar su jurisprudencia sobre este tipo de casos en la polémica sentencia 120/1990, de 27 de junio, a la que han de seguir las sentencias 137/1990 de 19 de julio de y 11/1991, de 17 de enero. En estas sentencias, el Tribunal Constitucional, partiendo de la base de la especial relación de sujeción especial a la que se encuentra sometidos los internos, señala que es posible limitar los derechos del huelguista en hambre, alimentando a éste forzosamente. En concreto, en el Fundamento Jurídico sexto, el Tribunal Constitucional afirma que:

«Aunque el concepto de relación especial de sujeción es de por sí impreciso, no puede ponerse en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de esa naturaleza, según ha declarado la STC 2/1987, y así se desprende directamente de la propia Constitución, cuyo art. 25.2, en atención al estado de reclusión en que se

encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes y, entre ellas, las que se establezcan en la ley penitenciaria, que regula el estatuto especial de los reclusos en centros penitenciarios. Esta relación de especial sujeción, que debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas.» Según este fundamento que hemos transcrito, para el Tribunal Constitucional los internos se encuentran en una situación de sujeción especial con respecto a la Administración Penitenciaria, que permite a ésta intervenir de una manera más amplia e intensa a como lo haría con cualquier otro ciudadano⁴⁶, aunque ha de recordarse nuevamente que el simple hecho de encontrarse en la citada relación de sujeción especial no implica necesariamente una limitación de los derechos del interno, que recordemos conserva todos sus derechos según dispone el artículo 3.1 LGP, ya que los internos podrán ejercitar sus derechos salvo que fuesen incompati-

⁴⁶ Crítico con esta argumentación del Tribunal Constitucional, GALLEGO RUESTRA, S., *El Derecho del Paciente...*, cit, págs. 89- 92. Igualmente, se muestran disconformes con la solución los Magistrados don Miguel R.-Piñero y Bravo-Ferrer y Jesús Leguina Villa, en particular, éste último señala en su voto particular, que «ninguna relación de supremacía especial -tampoco la penitenciaria- puede justificar una coacción como la que ahora se denuncia que, aun cuando dirigida a cuidar la salud o a salvar la vida de quienes la soportan, afecta el núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás. Se afirma con razón en la Sentencia que el derecho a la vida no puede ser confundido con un pretendido derecho a morir o a decidir sobre la propia muerte. Pero ello no significa que no se tenga derecho -sea cual sea la circunstancia en la que uno se encuentre y estando en el pleno uso de las facultades mentales- a que nadie que no sea uno mismo decida e imponga coactivamente lo que haya de hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar al peligro de muerte; ni excluye el derecho a rechazar la ayuda o la asistencia sanitaria que ni se desea ni se ha solicitado.»

bles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena.

El propio Tribunal Constitucional no justifica única y exclusivamente la intervención administrativa sobre la base de la teoría de las relaciones especiales de sujeción. Frente a la tesis de los recurrentes de la existencia de un derecho a morir, amparándose en el artículo 15.1 de la Constitución, el Tribunal, en el Fundamento de Derecho número séptimo, opina lo contrario, ya que este órgano, trayendo a colación la sentencia 53/1985, que enjuició la anterior legislación sobre el aborto, señala que los poderes públicos tienen «el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho». En definitiva, ante el intento de la Administración de suministrar alimentación al interno huelguista, no cabe oponer como excepción el derecho a la vida. Según el Tribunal Constitucional

«ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del agere licere, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho. En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente.»

No obstante, el propio Tribunal Constitucional deje entrever que esto únicamente se dará en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, y en función de que el interno persiga o no una finalidad legítima o no⁴⁷. Así, en este mismo Fundamento de Derecho dice

⁴⁷ Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética...*, cit., pág.101 y FLORES MENDOZA, F., *La objeción de*

«una vez establecido que la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho, sino simplemente manifestación de libertad genérica, es oportuno señalar la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica, puesto que no es lo mismo usar de la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la ley, y, en tal sentido, una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico; pues, en este caso, la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger.»

El Tribunal Constitucional también niega que en estos casos exista violación de otros dos derechos fundamentales reconocidos en los artículos 15.1 y 16.1, como son el derecho a la integridad física y moral⁴⁸, y el derecho a la libertad ideológi-

conciencia en derecho penal, Comares, Granada, Albolote, 2001, pág. 354 y TOMÁS- VALIENTE, LANUZA, C., *La disponibilidad de la propia vida...*, cit., pág. 338- 339.

⁴⁸ Véase el Fundamento de Derecho noveno, en el cual se niega la existencia de tortura y de tratos inhumanos y degradantes, prohibidos por el artículo 15 de la Constitución, que los recurrentes entendían existentes en la asistencia médica forzosa. En este caso, el Tribunal es tajante al respecto, «en modo alguno puede calificarse de «tortura» o «tratos inhumanos o degradantes», con el sentido que esos términos revisten en el art. 15 C.E., la autorización de una intervención médica, como la impugnada por los recurrentes, que, en sí misma, no está ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ellos, sino a evitar, mientras médicamente sea posible, los efectos irreversibles de la inanición voluntaria, sirviendo, en su caso, de paliativo o lenitivo de su nocividad para el organismo. En esta actuación médica, ajustada a la *lex artis*, no es objetivamente reconocible indicio alguno de vejación e indignidad. Que para efectuar dicha intervención se permita el empleo de medios coercitivos no es aquí determinante, pues, según se ha visto, no es la coercitividad de trato mas allá de lo proporcionado, sino su desmedida severidad, su innecesario rigor y su carácter vejatorio lo que a los efectos de la prohibición constitucional resulta relevante.»

ca y religiosa⁴⁹. No obstante, con respecto al presunto trato degradante que habían alegado los huelguistas en el recurso de amparo, interesa destacar la apreciación que hace el Tribunal Constitucional sobre los medios que debe adoptar la Administración para hacer frente a los tratamientos, ya que si bien reconoce que la alimentación forzosa en estos casos no constituye trato inhumano o degradante que atente contra la dignidad humana, reconocida en el artículo 10.1 de la Constitución, señala que

«el hecho de que la alimentación forzada, cuya finalidad es impedir la muerte de los recurrentes no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, no impide sin embargo, por sí mismo, que se le pueda considerar como tal, sea en razón de los medios utilizados, sea por constituir una prolongación del sufrimiento, sin lograr pese a ello, evitar la muerte. Ambos hipotéticos reproches han de ser, sin embargo, también desechados, el primero de ellos, porque ya la resolución impugnada excluye expresamente el recurso a la alimentación por vía oral, que es la única cuyo empleo podría ser entendido como una humillación para quien hubiera de sufrirla y el segundo, porque el propósito de la medida no es el de provocar el sufrimiento, sino el de prolongar la vida.»

El Tribunal, en esta misma sentencia viene a señalar que, si bien es cierto que la alimentación forzosa está permitida, sin que se vulnere derecho fundamental alguno con la misma, es preciso que exista una situación en la cual la vida del recluso corra un riesgo serio, lo que plantea no pocos problemas de interpretación sobre este momento, no existiendo un claro consenso doctrinal⁵⁰. En el ámbito jurisprudencial, se muestra claro el Auto de sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 14 de

septiembre de 2004, dictado en el caso de la huelga de hambre iniciada por el etarra De Juana Chaos, cuyo razonamiento jurídico segundo señala que «el momento en que debe procederse a la alimentación asistida y tratamiento médico será aquél en que, a juicio del facultativo o facultativos –bien del Centro penitenciario, bien de un Centro sanitario–, pueda iniciarse un periodo irreversible de grave peligro de deterioro físico o de pérdida de la vida. Esta intervención no puede ser otra, naturalmente, que la terapéutica y alimentación adecuadas al caso y sin empleo en lo posible de fuerza física alguna, sin vulneración de su dignidad como ser humano». Es decir, implícitamente viene a señalar el criterio de la inconsciencia, de modo que a partir del momento en el cual, el interno entre en estado inconsciente a consecuencia del mantenimiento de la huelga de hambre, es el momento a partir del cual va a poder ser alimentado forzosamente, aunque, como bien señala ROMEO CASABONA, también va a poder ser alimentado forzosamente cuando de acuerdo con criterios médicos es posible que se produzcan lesiones orgánicas, funcionales graves o la muerte, aunque en estos casos deberá utilizarse un medio que no sea sustancialmente agresivo y proporcionado, con el fin de evitar, en atención al respeto a la dignidad humana, el sometimiento a tratos inhumanos o degradantes del interno⁵¹.

Bibliografía citada

ABELLÁN- GARCÍA, F., “Estudio jurídico sobre el marco regulatorio de las instrucciones previas en España: Estado y Comunidades Autónomas”, en SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN SÁNCHEZ, F. (Coords.), *Instruc-*

⁴⁹ Según el Tribunal Constitucional, «aun reconociendo el trasfondo ideológico que late en la huelga de hambre de los recurrentes, es innegable que la asistencia médica obligatoria a los presos en huelga que se encuentren en peligro de perder la vida no tiene por objeto impedir o poner obstáculos a la realización y mantenimiento de la huelga -sin que conste en los autos que no haya sido respetada en todo momento por la Administración penitenciaria, ni que haya esta adoptado oposición alguna a la misma con medidas represoras o disciplinarias-, sino que va encaminada exclusivamente a defender la vida de los reclusos en huelga, al margen de todo propósito de impedir que éstos continúen en su actitud reivindicativa.»

⁵⁰ Sobre la interpretación de este término, por todos, *vid.* MENDES DE CARVALHO, G., *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal*, Comares, Granada 2009, págs. 377- 386, TOMÁS- VALIENTE, LANUZA, C., *La disponibilidad de la propia vida...*, cit., pág. 463- 466, y la biografía por ellas citadas.

⁵¹ *Cfr.* ROMEO CASABONA, C. M., *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Albolote, 2004, pág.141, quien señala que «esperar a la pérdida de la consciencia para actuar puede ser insuficiente, en primer lugar, puesto que no es infrecuente la producción de lesiones irreversibles antes de ese momento y tampoco se puede garantizar médicamente siempre la evitación de la muerte. En segundo lugar me parece contradictorio, pues si el huelguista ha asumido sería y responsablemente desde el principio –o antes de debilitarse su consciencia a causa de los efectos de la huelga- la continuación de la huelga hasta sus últimas consecuencias, si lo considerase necesario para seguir presionando a favor de su reivindicación, lo coherente sería respetar su decisión. Hay que admitir, no obstante, que en el estado de inconsciencia la acción reivindicativa (libertad de expresión o ideológica) es de dudoso ejercicio.»

ciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos, Comares, Albolote, 2008.

BARRERO ORTEGA, A., “Vida, Salud y Conciencia Moral”, *Derecho y Salud*, núm. 13, 2005.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica *Derecho y Salud*, núm. 15, 2007.

BEUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford, New York, 6ª ed., 2009.

BRAZIER, M. y CAVE, E., *Medicine, Patients and the Law*, Penguin, London, 4ª ed., 2007.

CANTERO MARTÍNEZ, J., *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Bomarzo, Albacete, 2005.

- “El consentimiento informado del paciente menor de edad. Problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades”, *Derecho y Salud*, núm. 18, 2009.

CEBRIÁ GARCÍA, M., *Objeciones de Conciencia a Intervenciones Médicas*, Thomson- Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

CIERCO SEIRA, C., *Administración Pública y salud colectiva*, Comares, Albolote, 2006.

FLORES MENDOZA, F., *La objeción de conciencia en derecho penal*, Comares, Granada, Albolote, 2001.

GALLEGO RUESTRA, S., *El Derecho del Paciente a la Autonomía Personal y las Instrucciones Previas: Una Nueva Realidad Legal*, Aranzadi- Thomson- Reuters, Cizur Menor, 2009.

GRACIA GUILLEN, D., *Fundamentos de Bioética*, Triacastela, Madrid, 2ª ed., 2007.

HERRING, J., *Medical Law and Ethics*, Oxford University Press, New York, 2ª ed., 2008
PANAGOPULOU-KOUTNATZI, F., *Die Selbstbestimmung des Patienten*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.

LAPORTA SANMIGUEL, F. J., “Algunas incógnitas del principio de autonomía en tratamientos médicos”, en MENDOZA BUERGO, B. (Ed.), *Autonomía Personal y Decisiones Médicas. Cuestiones Éticas y Jurídicas*, Thomson- Reuters, Madrid, 2010.

LARIOS RISCO, D., “La nueva relación asistencial”, en LARIOS RISCO, D. (Coord.), *Marco Jurídico de las Profesiones Sanitarias*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

MARTORELL I M. V. y SÁNCHEZ- URRUTIA, A. (Coords.), *Documento sobre el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová*, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2005.

MÉJICA GARCÍA, J. y DíEZ RODRÍGUEZ, J. R., *El Estatuto del Paciente*, Thomson- Civitas, Madrid, 2006.

MENDES DE CARVALHO, G., *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal*, Comares, Granada 2009.

MILLÁN CALENTI, R., “Las edades y la capacidad de obrar en la sanidad: la doctrina del menor maduro”, *Derecho y Salud*, núm. 19, 2010.

ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la Vida Humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

- *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Albolote, 2004.

ROVIRA A., *Autonomía Personal y Tratamiento Médico*, Thomson- Aranzadi, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN SÁNCHEZ, F., *Derechos y deberes de los pacientes*, Comares, Albolote, 2003.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª. P., *La impropiedad llamada Objeción de Conciencia a los Tratamientos Médicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

TOMÁS- VALIENTE, LANUZA, C., *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, CEPC, Madrid, 1999.

- *La Cooperación al Suicidio y la Eutanasia en el nuevo C. P. (art. 143)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

AMENAZAS Y OPORTUNIDADES DEL TURISMO SANITARIO EN ESPAÑA.

Jorge Luis Emperador Bartumeus

Máster en Gestión Sanitaria Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud

I. Introducción: el turismo sanitario. **II.** El contenido múltiple del derecho a la asistencia sanitaria: Constitución, Estatutos de Autonomía y Carta de derechos fundamentales de la UE. **III.** La paulatina creación de una ciudadanía social europea. La labor de la jurisprudencia de TJUE. **IV.** Evolución de la posición española en las propuestas de Directiva sobre asistencia sanitaria transfronteriza. **V.** Conclusiones: hacia una sanidad europea. Bibliografía.

Resumen

La aprobación de una Directiva sobre asistencia sanitaria transfronteriza puede ser una amenaza para la sostenibilidad del sistema sanitario público español o una oportunidad para la asistencia sanitaria de la Unión Europea.

Abstract

The adoption of a Directive on cross-border healthcare may be a threat to the sustainability of the Spanish public health system or an opportunity for the European Union healthcare.

Palabras Clave

Asistencia sanitaria transfronteriza, turismo sanitario, reembolso, Directiva comunitaria.

Keywords

Cross-border healthcare, health tourism, reimbursement, European Union Directive.

I. INTRODUCCIÓN: EL TURISMO SANITARIO

Uno de los pilares del Estado del bienestar es, desde mediados del siglo pasado, la asistencia sanitaria pública. El ciudadano la reconoce, cada vez más, como un derecho básico, pero requiriendo para su satisfacción una serie de atributos: rapidez, gratuidad, y calidad.

Paralelamente a este proceso, se ha ido construyendo la Unión Europea, una realidad que ha ido creciendo tanto territorialmente como en asunción de competencias. Pese a que, en muchas materias, existe unidad de políticas y armonización de legislaciones, en el terreno de la asistencia sanitaria pública siguen conviviendo una pluralidad de sistemas.

Alcanzado el objetivo de crear una ciudadanía europea con plena libertad de movimiento dentro de la Unión, existe un movimiento creciente de personas que utilizan los servicios sanitarios de un país diferente de aquel en el que residen.

Así, por turismo sanitario debemos entender el fenómeno de desplazamiento de una persona a otro Estado diferente del que reside habitualmente con el fin de recibir asistencia médica.

Este fenómeno no es nuevo, ni se circunscribe a España ni a la Unión Europea, es más, algunos países han hecho de sus estructuras sanitarias asistenciales un reclamo (tal es el caso de EEUU, México o India). Por el lado de la demanda, podemos observar que hay una serie de elementos que llevan a una cifra importante de población a buscar asistencia sanitaria en otro territorio: disponibilidad de técnicas y tecnológicas de última generación, incluso en estado de ensayo, mayor extensión de las carteras de servicios públicos gratuitos más amplios, listas de espera más cortas o servicios de urgencias de mayor calidad. Todos estos factores propician una circulación de personas y servicios de considerable tamaño, que inciden en la sobreexplotación de los recursos, tanto humanos como materiales, y que no siempre lleva aparejado una administración de cargos eficiente.

Un claro ejemplo de este déficit lo encontramos en España. La sanidad pública española se halla fuertemente demandada, pero sin embargo encuentra problemas para la gestión del cobro de los costos adicionales, propiciados por los receptores de salud, provenientes de países terceros. Así, lo que se podría considerar una ventaja (bajo la forma de garantía de demanda), se convierte en un gran inconveniente (sobrecarga asistencial no remunerada).

En estas páginas pretendo analizar el modo en que nuestro país puede hacer frente al reto que se nos plantea y hacer más sostenible el sistema nacional de salud aprovechando las oportunidades de la demanda exterior, mejorando nuestro sistema financiero, e incluso contribuyendo a la construcción de un sistema sanitario europeo ofreciendo soluciones y experiencias desde nuestra posición descentralizadora. Es indudable que se trata de un reto para los próximos años, tanto desde el punto de vista del equilibrio entre garantía prestaciones y gasto público, como desde el del avance en la construcción de la Unión Europea.

En primer lugar, considero que hay que aplicar las técnicas de organización de empresas al análisis de la situación actual. De hecho, las nuevas formas de gestión pública se orientan hacia la actuación con espíritu de empresa. Tanto el *New Public Management* como el Informe de Al Gore en 1993 para la reforma de la Administración de Estados Unidos, determinan como principios de los organismos públicos, los de eficacia, flexibilidad y establecimiento de una red de políticas públicas¹.

Uno de estas técnicas es el llamado Análisis "DAFO". En el mismo, para establecer la estrategia de una sociedad privada, se detallan sus aspectos internos (Fortalezas y Debilidades) como los del mercado en que se mueve (Amenazas y Oportunidades).

De este modo, si hacemos un análisis de la realidad española, observamos que junto a este fenómeno del turismo sanitario, encontramos otro, paralelo, la "gerontoinmigración", con gran "afectación" de los gerontoinmigrantes comunitarios (GIC)². Este contexto determina que hay una cantidad importante de población, que al ser ciudadanos de la Unión Europea tienen los mismo derechos, pero cuya aportación al Sistema es desigual. Así, hay que distinguir dentro de los mismos, los ciudadanos que están empadronados en alguna población española, y consecuentemente, no sólo tienen unos derechos claramente reconocidos, sino que además aportan recursos, y los que podríamos denominar "eurousuarios en sombra" que, estableciéndose de forma periódica en España, no tributan ni aportan valor añadido a los recursos públicos, pero sí hacen uso de los mismos. Es por ello que se debe mejorar la comunicación entre las diferentes Administraciones ante la posibilidad de abuso de los usuarios.

Todo ello nos conduce a tener que plantear en primer lugar cuáles son los derechos básicos relativos a la asistencia sanitaria, ateniendo a la pluralidad de ordenamientos propia del contexto español autonómico, para enmarcarlos posteriormente en un entorno normativo y jurisprudencial, analizando las propuestas de Directiva sobre asistencia sanitaria transfronteriza que se han rechazado hasta la fecha y ofreciendo claves para clarificar la legis-

¹ BAENA (2000) (citar bien)

² ECHEZARRETA (2006) (citar bien)

lación, en aras del aumento de la corresponsabilidad y la equidad.

II. EL CONTENIDO MÚLTIPLE DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA: CONSTITUCIÓN, ESTATUTOS DE AUTONOMÍA Y CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE.

El artículo 43 de la Constitución reconoce el derecho a la protección de la salud. Pese a que la asistencia sanitaria puede considerarse un derecho esencial, no se inserta en el catálogo de derechos fundamentales, sino que se considera principio rector de la política social y económica, instando a los poderes públicos a la organización de las prestaciones y servicios. Ello requería de una ley de desarrollo. Esa fue la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, que se ha convertido en el primero de los pilares de nuestro Estado de bienestar y de nuestra condición de Estado social y democrático de Derecho.

En virtud de la Ley General de Sanidad se crea un Sistema Nacional de Salud (en adelante SNS), desligado de su precursor, la Seguridad Social y que tiene como principio y fundamento la creación de una estructura asistencial sanitaria pública de calidad, accesible en condiciones de igualdad a todos los españoles.

No obstante, una de las peculiaridades del sistema pretendido por la Ley General de Sanidad se asienta sobre el complejo modelo de organización territorial de nuestro país. España, ha evolucionado, desde 1978, en un intenso proceso de descentralización que ha afectado a todos los aspectos de sus instituciones.

En este punto, hay que hacer referencia a la integración de las variables “Estado social” y “Federalismo”. A pesar de que en su origen dichos estados fueran de corte liberal³, a partir del *New Deal* en EEUU (1933 en adelante) y la Ley Fundamental de Bonn (1948 en adelante) en Alemania, el modelo de Estado descentralizado se completa con una atención a las cuestiones sociales.

En España, sucede lo mismo desde que la Ley General de Sanidad previó el proceso de traspaso de competencias en sanidad a las Comunidades

Autónomas (en adelante CCAA) Éste termina en 2002, y se vertebró a partir de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Esta etapa pretende un cierre del proceso de “descentralización” de nuestro Estado Autonómico, en materia sanitaria.

Pero el cierre del proceso ha podido ser frustrado gracias a la nueva generación de Estatutos de Autonomía, iniciados con la aprobación del Estatuto de la Comunidad Valenciana (LO 1/2006, 10 abril) y el Estatuto de Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio), que son seguidos por el Estatuto de las Illes Balears (LO 1/2007, de 28 de febrero), Estatuto para Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo), Estatuto de Aragón LO 5/2007, de 20 abril y el Estatuto de Castilla y León (LO 14/2007, de 30 de noviembre). En efecto, estos estatutos introducen un catálogo de derechos subjetivos públicos⁴, de modo que se vuelve a plantear el problema de la redimensión o configuración disímil de las Comunidades Autónomas.

El Estatuto de la Comunidad Valenciana es el único de esta nueva generación, que no tiene ninguna aportación en este tema y no obstante, es el que marca el sentido de estos derechos subjetivos estatutarios como principios rectores, tal y como entiende la STC 247/2007, de 12 de diciembre (FJ 12 y 15) que resuelve el recurso acerca de su constitucionalidad.

En estos Estatutos cabe distinguir una serie de mandatos instando al legislador autonómico a regular la segunda opinión médica o los límites de plazo de listas de espera (por cierto, siendo ambas medidas un tanto contradictorias; y por otro lado, un genuino derecho subjetivo a la atención sanitaria).

No obstante, este derecho, tiene un ámbito limitado, pues se restringe a los ciudadanos de la Comunidad Autónoma correspondiente, titularidad incompleta a tenor del artículo 1.2 de Ley General de Sanidad y el artículo 3 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que parten de los principios de igualdad y universalidad, tanto a los ciudadanos españoles como, a los ciudadanos de los estados miembros de la UE y parcial y limitadamente a algunos extranjeros.

³ SÁENZ (2003)

⁴ ENÉRIZ (2009)

Si la descentralización ha sido la línea seguida *ad intra*, se debe entender en paralelo a la integración en la Unión Europea como esencia de su naturaleza de comunidad internacional. El último de estos episodios ha sido la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que ha incorporado al acervo comunitario la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

El artículo 35 de la citada concede a todos los ciudadanos de Estados miembros de la UE el derecho a “la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria”. No obstante a continuación remite a las legislaciones y prácticas nacionales para la concreción del contenido de este derecho en cada país.

A pesar de la norma de reenvío que lleva a cabo la Carta, queda patente que, un derecho hasta la fecha poco tratado en la práctica comunitaria es considerado como fundamental y adquiere cobertura dentro del acervo comunitario en virtud del Tratado de Funcionamiento de la UE.

Aunque el contenido del citado artículo no aumenta el ámbito competencial de la Unión⁵, al limitarse estos derechos a lo dispuesto en sus Tratados, lo cierto es que se vislumbra un progresivo interés de la UE por la materia sanitaria, habida cuenta de la cada vez mayor interrelación y movilidad de los ciudadanos entre los Estados miembros y, consecuentemente, un mayor uso cruzado de los recursos sanitarios de la Unión.

Desde la tradicional perspectiva de garantizar la libre circulación de trabajadores con sus derechos inherentes, se promulgó el Reglamento 1408/71 CE *relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de las familias que se desplazan dentro de la Comunidad*, posteriormente actualizado por el Reglamento 883/2006 CE, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

Esta materia y la salud pública eran originariamente los temas de interés para las Comunidades Europeas, pero la problemática surgida por la movilidad de pacientes dentro de la Unión ha ido creando una situación de insuficiencia regulatoria y, por lo tanto, inseguridad jurídica. Pero, no sólo la seguridad jurídica está en juego. En 2007, según

el Eurobarómetro nº 210, realizado por Gallup para la Dirección General de Sanidad y protección de consumidores de la Comisión Europea, el 30% de ciudadanos de la UE ignoraban que podían ser tratados en otro país de la Unión⁶. Esta asimetría informativa se traduce en una falta de equidad del sistema sanitario, siquiera en fase germinal, de la UE. Esta carencia en la igualdad de acceso a la sanidad debe ser paliada por una Directiva sobre Asistencia sanitaria transfronteriza, que está llamada a completar, y no a reemplazar, a la reforma del Reglamento 1048/71 operada en 2006.

III. LA PAULATINA CREACIÓN DE UN MODELO DE CIUDADANÍA SOCIAL EUROPEA: JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE).

A pesar de que ni nuestro Tribunal Constitucional ni el de otros Estados de la UE hayan abundado en jurisprudencia sobre el derecho a la asistencia sanitaria⁷, sí es cierto que ha habido abundante jurisprudencia del TJUE al respecto, con ocasión de conflictos individuales relacionados con la aplicación de regímenes de asistencia sanitaria allende las fronteras de los Estados miembros y en virtud de las libertades fundamentales de circulación de trabajadores y de prestación de servicios.

A partir del Tratado de la Unión Europea de 1992, se propone una ciudadanía europea, con un status único para todos los ciudadanos nacionales de Estados miembros de la UE⁸, lo cual no deja de ser una fuente de creación de tensiones entre Estados miembros, al igual que ocurre en los Estados compuestos, en lo tocante a la igualdad de todos sus nacionales.

En lo que afecte a la cuestión sanitaria asistencial, la atención se ha puesto en la necesidad de regular la “libre circulación de pacientes”⁹, con la intención de facilitar el acceso de los ciudadanos a un derecho tan vital y conjugarlo con los intereses, sobre todo presupuestarios, de sus Estados de origen.

⁵ LINDE (2008A)

⁶ CLERGERIE (2009)

⁷ PEMÁN (2009)

⁸ LINDE (2008B)

⁹ PEMÁN (2003)

El concepto de libre circulación de pacientes se debe a la Sentencia Kohll del entonces Tribunal de Justicia las Comunidades Europeas (TJCE) (Asunto C-158/96), de 28 abril de 1998.

La doctrina sentada en ésta es consolidada por la Sentencia Smits y Peerboms de 12 de julio de 2001 (Asunto C-157/1999), de acuerdo con la cual, debe seguirse el sistema de autorización previa de los Estados de origen para poder hacer uso de servicios sanitarios prestados en terceros países, basándose en criterios objetivos y no discriminatorios; por tanto, se impide cualquier tipo de discrecionalidad. El hecho de que la legislación del Estado miembro de afiliación no garantice a un paciente amparado por dicha legislación un nivel de reembolso equivalente al que hubiera tenido derecho si hubiera recibido la asistencia sanitaria en el Estado miembro de afiliación, constituye una restricción a la libre prestación de servicios y, por lo tanto, resulta contrario al Derecho de la UE.

Esta doctrina del TJUE es muy importante porque distingue entre diferentes posibilidades: una primera, en la que el usuario que requiere de asistencia sanitaria ya se halla en un país de la UE distinto del de su residencia habitual. En este caso, se trata de garantizar una serie de derechos en la libre circulación de persona, como ya antes estaban garantizados para los trabajadores.

La segunda, consiste en que el usuario se desplace a otro Estado miembro de la UE para ser atendido, y además pretenda que su Estado de origen se haga cargo de la prestación. En este caso, se plantean varios problemas, a saber:

Para el estado de origen del usuario del servicio sanitario, que debe considerar si se le autoriza o no al pago, en qué porcentaje y en virtud de que criterios.

Por su parte, para el Estado de origen del usuario receptor, en primer lugar, se le causa un problema de financiación en su sistema. En efecto, cuantos más demandantes, más recursos se utilizan; y si entendamos que siempre van a estar cubiertos los servicios, se crea un problema de listas de espera para los usuarios locales y una disfunción en la programación de dotación de recursos humanos, materiales e infraestructuras.

La situación es más problemática en España, si cabe. Ya de por sí es un criterio problemático la

situación actual de exceso de demanda, pero se añaden otros dos factores:

En primer lugar, se nos obliga a la necesaria reestructuración de los sistemas de cargo. Nuestro sistema universal y, por lo general, gratuito, no se ha dimensionado ni se motiva suficientemente la acreditación de recursos a los usuarios del sistema (sobre todo en atención primaria), y aun cuando esto se hace, los servicios de urgencia ejercen un efecto subsidiario de recursos que, en algunos casos, se prestan al abuso del carácter equitativo de la red asistencial.

La legislación actual no presenta deficiencias en este sentido. Los artículos 16.3 y 83 de la Ley General de Sanidad, desarrollados por el artículo 2.7 y Anexo IX del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre de 2006 *por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización*, establecen una serie de prestaciones sanitarias realizadas a los terceros obligados al pago o usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de los Servicios de Salud. Tanto el antiguo INSALUD como los servicios de las diferentes Comunidades Autónomas pueden, por medio de Resoluciones, desarrollar y actualizar en su caso las tarifas correspondientes. El problema, por lo tanto, lo es de práctica e implementación del sistema, no de diseño.

En segundo lugar, la caracterización de nuestro sistema como universal y gratuito, a la luz de la libre movilidad en la UE, propicia una falta de equidad del sistema. Nuestro sistema público está totalmente planificado en cuanto asignación de la oferta a los usuarios. Es más, incluso cuando se propone la libre elección, se lleva a cabo dentro de la misma Zona Básica de Salud en Atención Primaria y Área en Atención Especializada.

La utilización del mismo, sin ningún tipo de regulación, por parte de personas ajenas al Sistema, fuera de los supuestos de urgencia, hace que, en caso de que no sea realmente una urgencia, se puedan utilizar los recursos “a la carta” (elegir el mejor centro para cada patología), quebrantándose la planificación y produciendo efecto de arrastre entre los propios ciudadanos nacionales de elegir “vía servicios de urgencias” los mejores o más rápidos recursos, lo que lleva implícita además una gran falta de equidad en cuanto sólo se pueden

desplazar las personas con más recursos (sostenimiento económico del viaje) y los que tengan más información sobre las características de los diferentes centros.

Es por todo ello, que se requiere una regulación de la movilidad de usuarios dentro de la UE que dé seguridad jurídica y garantías de equidad al sistema.

IV. EVOLUCIÓN DE LA POSICIÓN ESPAÑOLA EN LAS PROPUESTAS DE DIRECTIVA SOBRE ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA.

A la vista de lo expuesto, resulta claro que España es uno de los Estados Miembros de la UE más afectados, debido a la presión de demanda exterior que sufre y el colapso de su sistema de urgencias, de tal forma que la regulación sobre la asistencia sanitaria transfronteriza, es de gran importancia para nuestro sistema sanitario público.

Es por eso que del rechazo español a la Propuesta de Directiva del Parlamento y el Consejo de 2 de julio de 2008, *relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza*, se pasara a liderar el Proyecto de Directiva relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, sobre la base de la propuesta transaccional de la Presidencia española, de 8 de junio de 2010.

Respecto a la primera, en su Exposición de motivos, ya se reseñaba la existencia de una propuesta de los ministros de sanidad de la UE desde 2003 para elaborar una Directiva que diera seguridad jurídica a la jurisprudencia realizada por el TJUE. Esta fue finalmente rechazada por el Parlamento Europeo. Se entendía en esta propuesta de Directiva, por asistencia sanitaria transfronteriza, la prestada en un Estado distinto de aquel en el que el paciente se halle asegurado. Ya en aquel momento se planteó si se debía integrar esta cuestión en la Directiva de Servicios de mercado interior 2006/123 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre. Finalmente, quedó rechazada esta propuesta, de modo que las prestaciones sanitarias quedaron excluidas expresamente del ámbito objetivo de la citada directiva, debido al carácter social y no convencional ni profesional de los ser-

vicios sanitarios totalmente propicios a la prestación pública.

Uno de los trabajos previos, a la realización de dicha propuesta, más interesantes es el *Informe del Proceso de Reflexión de Alto Nivel sobre la movilidad de los pacientes y los progresos de la asistencia sanitaria en la Unión Europea y la posterior Comunicación de la Comisión sobre el seguimiento del proceso de reflexión de alto nivel sobre la movilidad de los pacientes y los progresos de la asistencia sanitaria en la Unión Europea*, COM (2004) 301 final, de 20 de abril de 2004. Tras ellos, los trabajos de la Comisión y del Parlamento fueron intensos en pos de garantizar los derechos de los pacientes en el ámbito comunitario. Con la creación de un Foro Abierto se potenció la participación de todas las partes implicadas en la materia y de todos aquellos que pudieran contribuir a la creación de un marco que diera respuesta a las necesidades de la nueva ciudadanía europea, con una seguridad jurídica y una garantía de calidad.

En particular, el Observatorio Europeo de Sistemas y Políticas de Asistencia Sanitaria, aportó a la Comisión Europea en 2007 un análisis independiente, ofreciendo varias opciones:

Una de ellas proponía, que se dejase a la libre elección de los Estados la regulación de la asistencia sanitaria a ciudadanos de terceros países.

La segunda, que a la luz de lo aportado por el TJUE al acervo comunitario, la Comisión europea se limitara a emitir meras recomendaciones y se siguiera avanzando en la puesta en común de ideas, datos y evaluación de políticas nacionales.

La tercera opción sería la puesta en marcha de una Directiva sobre servicios sanitarios que fijara las reglas en relación al derecho de asistencia y reembolso de los ciudadanos europeos, con información clara y precisa de sus respectivos Estados de origen.

Esta tercera opción tiene dos alternativas: bien se reconoce al usuario el derecho a recibir asistencia con el reembolso de la suma de los gastos (tanto hospitalarios como no hospitalarios) a que hubiera tenido derecho en caso de haber recibido la atención en su país, corriendo con el resto de gastos (Alternativa 3A), o bien se mantienen los principios de esa Directiva, pero sólo aplicados a la asistencia no hospitalaria (Alternativa 3B).

Tabla. Cross-Border Healthcare: Mapping and Analysing Health Systems Diversity, Observatorio Europeo de Sistemas y Políticas de Asistencia Sanitaria, 2007

	Opción 1	Opción 2	Alternativa 3A	Alternativa 3B	Opción 4
Costes de tratamiento	1,6 millones de euros	2,2 millones de euros	30,4 millones de euros	3,1 millones de euros	30,4 millones de euros
Prestaciones de tratamiento	98 millones de euros	135 millones de	585 millones de euros	195 millones de euros	585 millones de euros
Costes de cumplimiento	500 millones de euros	400 millones de	315 millones de euros	300 millones de euros	20.000 millones de euros
Costes administrativos	100 millones de euros	80 millones de euros	60 millones de euros	60 millones de euros	60 millones de euros
Prestaciones sociales	195.000 pacientes más reciben tratamiento	270.000 pacientes más reciben tratamiento	780.000 pacientes más reciben tratamiento	390.000 pacientes más reciben tratamiento	780.000 pacientes más reciben tratamiento

Una cuarta opción, llevaría a la creación de un marco detallado en virtud de un Reglamento comunitario que fijara precisa y taxativamente las normas sobre “recopilación de datos, información a los pacientes, criterios y procedimiento de autorización, estándares de calidad y seguridad, derechos de los pacientes y compensación por daños” (fórmula normativa difícil de conjugar con el principio de subsidiariedad).

Para acompañar la explicación, es interesante recuperar del Estudio citado el cuadro de costes incorporado al mismo.

Tanto por la seguridad jurídica que ofrece, como por el equilibrio de costes que conlleva, los autores se decantan por la alternativa 3A.

En el Proyecto de Directiva de 2008 podemos apreciar no sólo la disposición de un marco de asistencia sanitaria transfronteriza sino también una serie de elementos anexos que si bien, por una parte reflejan la idea de una intensa coordinación en el mundo sanitario de la Unión, por otra parte dejan muchos matices por abordar¹⁰: tal es el caso de la regulación en materia de profesionales sanitarios, recetas farmacéuticas, evaluación de tecnologías o Redes Europeas de Referencia.

Como ya hemos venido afirmando hasta ahora, se aborda la cuestión desde la óptica del principio de la libre circulación de personas, y así, la norma se inclinaría por la opción de reembolso de la prestación hasta, como máximo, el equivalente a lo que habrían percibido de haber recibido en su Estado de origen el tratamiento.

Así pues, España sufrirá las consecuencias de su atractivo turístico-sanitario, soportando un elevado coste asistencial.

Otro de los elementos que se han cuestionado, es el de que se pueda optar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de la propuesta, entre la asistencia pública o la privada. La crítica se cifra no sólo en las perspectivas de financiación pública indirecta que conlleva para los centros privados, que se beneficiarían de una regulación en este sentido, sino que también supondría un claro desfase financiero para los Estados que tuvieran que asumir ese pago.

En cuanto a la discusión a la que nos referíamos en páginas anteriores sobre las diferencias entre asistencia hospitalaria y no hospitalaria, finalmente se decanta el articulado por distinguirlas; no siendo necesaria autorización previa del Estado emisor para la segunda pero sí para la primera, en el supuesto de que se vaya a producir un desembolso tan grande para el Estado por las cifras de reembolso que requiera un control previo estatal

¹⁰ MONGE (2008)

mediante autorización. En teoría, se puede exigir que se acuda a la Atención Primaria antes de la atención hospitalaria, pero, en la práctica resultaría más costoso el gasto burocrático y de redireccionamiento en el servicio de Urgencias, estando siempre el personal sanitario en el ojo del huracán de posibles acusaciones de falta de atención médica debida en un caso de urgencia.

La posición española era clara respecto a esta Propuesta. Era totalmente contraria a nuestros intereses y, afectaba claramente al interés social en las cuestiones relativas a la cobertura de servicios sanitarios privados, debiendo mantener un doble sistema: Un sistema gratuito y otro sistema de reembolso, por otro. El 1 de diciembre de 2009, España consiguió, con el respaldo de Portugal, Grecia, Polonia, Rumanía, Eslovaquia, Lituania, Italia y Luxemburgo; que no se aprobara en el Consejo Europeo la propuesta de Directiva de la presidencia sueca de turno, que sólo contó con el voto favorable de Reino Unido y Francia.

En el primer semestre de 2010, durante la presidencia española de turno de la UE, se retomaron los trabajos en esta materia, que habían quedado bloqueados en el citado consejo de 1 de diciembre de 2009 en dos puntos críticos: el sistema de reembolso y autorización previa en lo que se refiere a prestadores de asistencia sanitaria no contractuales, y la aplicación del criterio de Estado miembro de afiliación para los jubilados residentes en el extranjero

El primer comentario sobre el nuevo proyecto de Directiva, debe ir dirigido a su ámbito de exclusión. El artículo 2 establece que no se aplicará:

a) a los servicios de salud en el ámbito de la asistencia a largo plazo cuya finalidad sea ayudar a personas que requieren asistencia a la hora de realizar tareas rutinarias y diarias;

b) a la atribución de órganos y el acceso a los mismos con fines de transplante de órganos;

Dejan fuera de esta regulación las prestaciones de carácter socio-sanitario, en las que tanto ha incidido España en los últimos años, pero de un elevado coste económico.

Uno de los grandes retos de la sanidad europea, y por ende de esta Directiva, es la sanidad electrónica. A ella se dedican artículos como el 5.2 f), con el derecho a que los pacientes cuenten con

una historia clínica electrónica y el reforzamiento de la ya existente tarjeta sanitaria (artículo 14). Esto permitirá una mejora para el usuario, al ofrecer una mayor seguridad y facilidad de movimientos, debiéndose incorporar, como ya está en fase de implementación en España, la historia digital del titular de la misma en su banda magnética, de tal manera que los servicios de salud dispongan de un servicio de intercambio de información sobre la población protegida, mantenido y actualizado por los propios integrantes del sistema. Este servicio de intercambio permitirá la depuración de titulares de tarjetas. Con dicha mejora cabrá acelerar la concesión y el reembolso de las prestaciones a que se tuviera derecho en el seno de la Unión Europea y a tener que depender de la coordinación de Administraciones para saber donde residen y hacen uso de prestaciones públicas los ciudadanos de cada Estado miembro de la UE. Todo ello atendiendo a la protección de datos de los ciudadanos, como de hecho ya advirtió cara a la propuesta de Directiva de 2008, el Supervisor Europeo de Protección de Datos.

Una vez puestos en común los sistemas de información, se abre el camino para confeccionar, con otro procedimiento similar, una Cartera de servicios comunes a todos los Estados.

Las sinergias no acaban aquí, sino que se hace una interesante apuesta en el artículo 15

por la cooperación en la evaluación de las tecnologías sanitarias, cuestión que puede suponer un gran ahorro y desarrollo de la coordinación sanitaria dentro de la UE.

En cuanto a la financiación, hay que distinguir en el Proyecto, los derechos de los pacientes y los de sus Estados de origen, intentándose encontrar una solución que satisfaga a los Estados receptores y emisores de pacientes.

Para salvaguardar los derechos de los pacientes itinerantes, los Estados Miembros deberán garantizar que los prestadores de asistencia sanitaria apliquen a los pacientes de otros Estados miembros la misma escala de honorarios que aplican a los pacientes nacionales en situaciones comparables en el Estado miembro de tratamiento, o cobrar un precio calculado con criterios objetivos y no discriminatorios, si no existe precio comparable para los pacientes nacionales. En virtud del artículo 6.2 de la nueva propuesta se facilita la puesta en cono-

cimiento de los ciudadanos de las condiciones de reembolso y de los sistemas de reclamación y reparación, debiendo designarse “puntos nacionales de contacto” (artículo 7). Todo esto contribuye a garantizar la equidad en el uso de los recursos públicos por parte de todos los usuarios.

En lo que respecta a la perspectiva de los Estados de origen, el artículo 6, dispone que los gastos de la asistencia sanitaria transfronteriza se reembolsen de conformidad con el capítulo III, cuyos principios generales se exponen en el artículo 8 de la propuesta de Directiva. La regla general, en este sentido, será que, si la asistencia sanitaria está sujeta a autorización previa, el Estado miembro de afiliación garantizará el reembolso de los gastos contraídos por un asegurado que haya recibido asistencia sanitaria transfronteriza, cuando dicha asistencia sanitaria figure entre las prestaciones a que el asegurado tiene derecho en el Estado miembro de afiliación.

No obstante, se regulan situaciones como las del artículo 8.1 *bis*, que afecta claramente a España en relación al reconocimiento, conforme al Reglamento (CE) n.º 883/2004, de los derechos a las prestaciones sanitarias para los titulares de una pensión y los miembros de sus familia que residen en otro Estado miembro. En virtud de la presente Directiva, el Estado receptor les proporcionará asistencia sanitaria y correrá con los gastos correspondientes a la misma cuando residan en su territorio, con arreglo a las disposiciones de la legislación que aplique, en las mismas condiciones que si las personas de que se trate residiesen en su territorio; tal que se intenta poner coto a los abusos antes aludidos al tratar de los “eurosusuarios en sombra”.

Si la asistencia sanitaria prestada no está sujeta a autorización previa, se presta en el territorio del Estado miembro que, en virtud del Reglamento (CE) n.º 883/2004 y de su Reglamento de ejecución, es en última instancia responsable del reembolso de los gastos en virtud de dichos reglamentos, dicha asistencia será asumida por el citado Estado miembro.

Tal y como indicábamos, también se procuran límites en el reembolso. Así pues, los gastos de asistencia sanitaria transfronteriza serán reembolsados por el Estado miembro de afiliación hasta la cuantía que habría asumido dicho Estado si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en su territorio,

sin exceder del coste real de la asistencia sanitaria efectivamente prestada, y en todo caso, razones imperiosas de interés general, como el riesgo de suponer un grave perjuicio para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social o el objetivo de mantener un servicio hospitalario equilibrado y abierto a todos. En efecto, el artículo 10.4 determina la existencia de un procedimiento para el cálculo de los costes de la asistencia sanitaria transfronteriza que haya de reembolsar al asegurado el Estado miembro de afiliación, procedimiento que se adecua a criterios objetivos y no discriminatorios conocidos de antemano.

Aquí tenemos la necesidad de superar nuestras carencias del sistema de cargos y de tener una buena contabilidad analítica y desarrollo de los GRDs (Grupos Relacionados de Diagnóstico) en Atención Especializada y los ACGs (Grupos Clínicos Ajustados) en Atención Primaria.

Estimo que un mecanismo que aseguraría estos trasvases monetarios sería la creación de un Fondo similar al creado en España por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, *por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía*, fondo que tiene por objeto garantizar la igualdad de acceso a los servicios de asistencia sanitaria públicos en todo el territorio español, así como la atención a ciudadanos desplazados procedentes de países de la Unión Europea o de países con los que España tenga suscritos convenios de asistencia sanitaria recíproca. Su gestión y distribución corresponde al Ministerio de Sanidad y Consumo.

En este momento es el Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, el que regula la gestión del llamado “Fondo de cohesión sanitaria” (con modificaciones posteriores de Anexos de prestaciones). De hecho ya se utiliza no sólo para atender pacientes desplazados y los derivados a los denominados “centros, servicios y unidades de referencia”, sino que también se emplea para financiar la asistencia sanitaria a asegurados desplazados a España en estancia temporal, con derecho a asistencia a cargo de otro Estado, que pertenezcan a países de la Unión Europea o a otros con los cuales España tenga firmados acuerdos bilaterales en esta materia.

Los cargos por asistencia sanitaria transfronteriza se compensarían entre sí llevándose a cabo una facturación conforme a criterios técnicos y en base a la comunicación referida en las tarjetas sanitarias.

No obstante, así como el Sistema Nacional de Salud no compensa la atención sanitaria urgente, solicitada por el propio usuario, este sistema sí debería tenerla en cuenta, teniendo en cuenta los precedentes que demuestran el potencial abuso de los servicios de urgencia por parte de usuarios no asegurados y, garantizando no obstante la debida asistencia a los ciudadanos.

El acuerdo político de 8 de junio de 2010, ha sido ratificado con la adopción de la Posición del Consejo de 13 de septiembre.

V. CONCLUSIONES: HACIA UNA SANIDAD EUROPEA

Todas estas líneas de actuación de la Directiva, son en mi opinión muy acertadas, en tanto en cuanto permiten un incremento de la seguridad jurídica y de los derechos de los pacientes, disipando las amenazas que se cernían sobre la sanidad española, receptora neta de pacientes en el seno de la UE.

No obstante, se trata de un primer paso en la necesaria estructura de la que se debe dotar la Unión en materia sanitaria.

España puede aportar mucho en este sentido. Una de las grandes apuestas de la Ley General de Sanidad 14/1986, de 14 abril fue la creación del Sistema Nacional de Salud, fruto de la necesidad de mecanismos de coordinación y garantía de prestación de los servicios públicos en condiciones de igualdad y calidad. Como tal se constituyó el Consejo Interterritorial de Salud, regulado en la Ley 16/2003 de 28 de mayo de Cohesión de la calidad del Sistema Nacional de Salud.

La experiencia ha demostrado que es un instrumento esencial de vertebración del Sistema. El tener que llegar a acuerdos por consenso, tal y como afirma el artículo 74 de la citada Ley, al hablar de los acuerdos del Consejo, introduce un sistema de voto distinto de la unanimidad. Se debe llegar a la construcción del texto, coordinado y teniendo en cuenta todas las necesidades y sensibilidades, lo

cual es muy importante no sólo desde un punto de vista de gestión, sino también de integración

Creo que esta es la figura que puede ayudar a resolver esta materia en la Unión Europea.

La experiencia española en este sentido es un modelo para la Unión Europea: El Consejo Interterritorial y una cartera de servicios comunes mínima son dos elementos que podrían ayudar a cohesionar los distintos sistemas sanitarios dentro de la UE.

Los problemas de equidad y financiación en un eventual sistema sanitario europeo se podrían resolver con propuestas como las que aquí se han expuesto, intentando conjugar por un lado la construcción de una UE más cohesionada y social, sin merma de la sostenibilidad de sus estructuras asistenciales sanitarias e incluso favoreciendo las oportunidades de generar nuevos mercados y más puestos de trabajo, convirtiendo a la UE en un polo atractivo de usuarios de servicios de salud a escala global, gracias al desarrollo sanitario.

Bibliografía

ALVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina: "El derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza", *Derecho y salud*, Vol.18, núm,2, 2009, pp 21-32.

BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Curso de Ciencia de la Administración*, Tecnos, Madrid 2000.

CLERGERIE, Jean-Louis; KARATHANASI, Chrysoula: "La mobilité des patients et le remboursement des dépenses médicales dans l'Union européenne", *Revue de droit sanitaire et social*, núm. 3, Paris, 2009, pp 463-479.

ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier: "La regulación del Derecho a la protección de la salud en los nuevos Estatutos de Autonomía: análisis crítico", en *Derecho y Salud*, Vol. 17, Extra 1, 2009, pp 47- 65.

ECHEZARRETA, Mayte; RODRÍGUEZ- VERGARA DÍAZ, Ángel: "La protección de los gerontoinmigrantes comunitarios en España", en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm.11, 2006, pp. 27-44.

GONZÁLEZ LÓPEZ-VALCÁRCEL, Beatriz; BARBER PÉREZ, Patricia: "Desigualdades territoriales en el Sistema Nacional de Salud (SNS) de España", Madrid: Fundación Alternativas, 2006.

LINDE PANIAGUA, Enrique: "El ámbito de aplicación: El talón de Aquiles de la Carta de los Derechos

fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 15 2008A, pp.27-44.

-“La ciudadanía europea: Un nuevo peldaño en la construcción del hombre de nuestro tiempo”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm.15, 2008B, pp 127-136.

MONGE GIL, Ángel Luis: “La propuesta de directiva comunitaria relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm.33, 2008, pp 151-168.

PEMÁN GAVÍN, José M^a. :“Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios. Sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (A propósito de la sentencia Smits y Peerbooms del Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 160, 2003, pp 123-166.

-“El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el derecho comparado”, *Revista de Administración Pública*, núm.179, 2009, pp 37-8.

Sáenz Royo, Eva, *Estado social y descentralización política. Una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*, Thomsom-Civitas, Madrid 2003.

WISMAR Matthias, PALM Willy... [et.al.]: “Cross-Border Healthcare: Mapping and Analysing Health Systems Diversity, Observatorio Europeo de Sistemas y Políticas de Asistencia Sanitaria”, 2007. Disponible en la URL: http://ec.europa.eu/healthu/doc/commsec_20082164_en.pdf (con acceso el 30.9.2010).

CRITERIOS PARA LA VALORACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DESDE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA INTEGRIDAD Y CALIDAD DE VIDA.

Dr. Jesús Esteban, Cárcar Benito

I. CRITERIOS DE VALORACIÓN. II. INTEGRIDAD. III. CALIDAD DE VIDA. IV. CONCLUSIONES.

I. CRITERIOS DE VALORACIÓN

A la hora de incorporar las TIC al ámbito de la sanidad nos debe importar los pilares¹ o funciones sobre los que debe asentarse esa regulación. Ámbito, inherentemente variable y complejo, que se ve sometido por frecuentes tensiones que hacen que las organizaciones sanitarias públicas y privadas requieran un constante esfuerzo de adaptación a dicho espacio vital; todo ello es consecuencia necesaria de la consideración de la salud como un bien social que fortalece el derecho fundamental a la vida y a la integridad física, y que define un mo-

delo de organización jurídico-política como es el Estado de bienestar². Además vivimos en la sociedad del conocimiento y la información: es un cambio radical, la accesibilidad a las fuentes de conocimiento, las TIC e internet, y su extensión es toda una revolución.

Parece obvio que cualquier intento de solución ético-jurídico que plantea el uso de la tecnología, pasa necesariamente por el análisis de los criterios que se encuentran en el fondo de la cuestión. La decisión sobre la licitud/ilicitud de las prácticas tecnológicas implica una ponderación de los diferentes principios de acción que pueden verse afec-

¹ DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M.C, “El desarrollo de la Sociedad de la Información: pilares para su regulación” en .., MEGÍAS QUIRÓS, J.J.,(Coord.), *Sociedad de la información derecho, libertad, comunidad*,2007,Cizur Menor (Navarra), pp.96 ss.

² ANTEQUERA VINAGRE, J.M., “Fundamentos de derecho sanitario”, en ANTEQUERA VINAGRE, J. M., (edir.), *Derecho Sanitario y Sociedad*, Madrid, Ediciones Díaz Santos, 2006, p.1.

tados por la misma. Es indispensable, pues, pasar revista a tales principios que podrían actuar como criterios de regulación para pronunciarse sobre su legitimidad.

En este ámbito de la salud es necesario partir de principios generales que puedan condicionar las repuestas a las preguntas sobre el uso de estas tecnologías. Estas cuestiones nos llevan a considerar como fundamental el tratamiento de criterios que pueden condicionar las repuestas a nuevas preguntas. Entre los más relevantes se encuentran los siguientes: la dignidad, la autonomía, la calidad de vida, la integridad, la igualdad, la solidaridad, la intimidad y la precaución. Las razones que me han guiado a la hora de elegir estos criterios han sido de diversa índole, son parámetros de valoración para “justipreciar hechos o conductas”³ que se dan en la sociedad. Es decir, me importa detenerme en los pilares o principios sobre los que deben asentarse la regulación.

El abordar la dignidad como primer criterio para el uso de las TIC supone la aceptación del rasgo inherente de toda persona humana, para que se respete y reconozca como un ser dotado de un fin propio, y no como un medio para la consecución de fines extraños, o ajenos a su realización personal. La dignidad es la percepción de la propia condición humana, y de las prerrogativas que de ella derivan; por ello, la restricción, supresión o amenaza a ésta, supone el desconocimiento de la condición humana y del fin propio de cada persona, para la consecución de fines ajenos a su realización personal. En este sentido, cualquier desconocimiento deberá estar debidamente demostrado. Lejos de nuestra intención el ahondar con profundidad a esta cuestión; sin embargo, es primordial extraer su trascendencia actual para el tema de debate.

El principio de autonomía del paciente como base de la atención sanitaria y el uso de las TIC, significa elegir por uno mismo lo que va a hacer, reconociendo, por ejemplo, el derecho a no ser informado o el derecho a ser informado, de modo adecuado a mis posibilidades de comprensión, incluso en caso de incapacidad del paciente.

Como se irá analizando con detalle, el enunciado normativo que reconoce el derecho a la integridad (física y moral) va a operar como derecho subjetivo y también como criterio, proyectándose con gran peso en las ponderaciones que inevitablemente deberán hacerse entre este criterio de protección de la integridad personal y otros criterios y otros bienes jurídicos relevantes en el uso de las TIC en el ámbito de la salud. En cada caso, habrá que graduar la fuerza de nuestro criterio para apreciar si prevalece, su proximidad a la dignidad le da *a priori* gran fuerza. Así, si la integridad implica obligaciones de omisión en el poder público, entraña asimismo obligaciones de proteger.

Otro de los criterios que habrá que tener en cuenta es el de la calidad de vida. En primer lugar, podríamos señalar que esta concepción vuelve a partir del modelo dualista de la persona. El cuerpo es considerado como objeto (*res extensa*), al que se aplican los mismos parámetros de calidad que al resto de los bienes materiales. Es decir, es un valor relativo, de suerte que el respeto que merece deberá ponderarse con el respeto debido a otros bienes o valores con los que pueda entrar en conflicto. Y así se llega a la conclusión de que, en realidad, la vida sólo será valiosa en la medida en que se presente un cierto grado de “calidad”. Por tanto, la línea del criterio seguido consiste en asumir una noción de la vida humana que se basa en la exigencia de una serie de condiciones mínimas para que esa vida se considere como algo digno de protección normativa. El problema radica en que la idea de calidad de vida no es en principio un concepto intelectual. En nuestro estudio, partimos de que la aplicación del criterio de calidad de vida es más bien una aspiración ideal que sólo puede llenarse de contenido en un determinado contexto histórico social y personal⁴. Se trata, por tanto, de un concepto muy amplio que está reflejado de modo complejo por la salud física del sujeto, su estado psicológico, su nivel de independencia, sus relaciones sociales, así como su relación con los elementos esenciales de un entorno.

Por otro lado, actualmente el criterio de la igualdad responde a una pluralidad de sentidos y significaciones, en la mayoría de los casos hídizas, que no pueden ser delimitadas de una manera

³ PECES-BARBA, G., *Los valores superiores...* cit., p.83. Vid. también THIEBAUT C., *Los límites de la Comunidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 20 ss.

⁴ SANCHEZ GONZALEZ, M., “Calidad de vida en enfermos terminales y eutanasia”, en *Eutanasia hoy: un debate abierto*, Noesis, Madrid, 1996, p.356.

precisa. La idea inicial -igualdad ante la ley- está ya muy matizada por las capacidades económicas y la utilidad común. Y normalmente se ha entendido vinculada a la misma generalidad de la ley, que debe ser la misma para todos sin acepción de personas. Otra cosa, la igualdad real y efectiva aparece así como una idea que parece barrenar la igualdad ante la ley y de la igualdad como no discriminación⁵. Hablamos ahora de la idea de una desigualdad como compensación, en un plano superior al de las desigualdades sociales y económicas.

Conviene subrayar sobre el criterio de igualdad que la garantía de unos mínimos vitales para todas las personas no se reduce a asegurarles la subsistencia material, exige también el acceso a servicios sociales y a la tecnología que aportan las TIC. Necesidades básicas no son sólo las de comer, vestir, disponer de un techo, y una asistencia sanitaria primaria, sino también las relativas a la seguridad, la autodeterminación, la cultura, etc⁶.

Muy unido al criterio de igualdad, aparece el de solidaridad y es que, lo importante es llevar a cabo, como pone de relieve VIDAL, y el mismo efectúa, una articulación jurídica de la solidaridad, de modo que ésta aparezca no sólo como una virtud pública o privada, sino como un auténtico derecho del que derivan derechos y obligaciones correlativos (los llamados deberes positivos generales). En ese sentido, destaca que el fundamento de los derechos y de los correlativos deberes de solidaridad se encuentra en la “condición de ser humano y el derecho (universal) a la satisfacción de las necesidades primarias”⁷.

Otro criterio que resulta afectado por el uso de las TIC en el ámbito de la salud es el de la intimidad. En el seno de una sociedad tecnológicamente avanzada cada sujeto va forjando, desde su nacimiento hasta su muerte, un amplio y, en ocasiones, complejo y prolijo historial de informaciones médicas. Estas informaciones pueden ser hoy exhaus-

tivamente procesadas, almacenadas y transmitidas gracias al desarrollo de los procesos informáticos. El ritmo vertiginoso que las nuevas tecnologías han adquirido, está posibilitando el rápido e insospechado desarrollo de las TIC, hasta el punto de que en un futuro no muy lejano podía convertirse en el sistema habitual de la relación médico-paciente. Lo cierto es que allí donde se implanten las TIC, se genera un nuevo problema con respecto a la protección y confidencialidad de los datos de salud. Es decir, el desarrollo tecnológico supone, al propio tiempo, un grave peligro de violación del carácter íntimo de estos datos. Quizás uno de los inconvenientes más importantes se presenta en el terreno ético y jurídico con respecto a los datos que se transmiten y su seguridad. De aquí que uno de los retos de la TIC de cara al futuro sea solucionar estos problemas para garantizar la protección frente a la eventual erosión y asalto tecnológico de su intimidad.

Por último, otro criterio sería el de precaución que establece que “cuando una actividad representa una amenaza o un daño para la salud humana o el medio ambiente, hay que tomar medidas de precaución incluso cuando la relación causa-efecto no haya podido demostrarse científicamente de forma concluyente”⁸. Esta declaración implica actuar aun en presencia de incertidumbre, derivar la responsabilidad y la seguridad a quienes crean el riesgo, analizar las alternativas posibles y utilizar métodos participativos para la toma de decisiones. Aunque no dispone de una definición generalmente aceptada, el principio de precaución puede describirse operativamente como la estrategia que, con enfoque preventivo, se aplica a la gestión del riesgo en aquellas situaciones donde hay incertidumbre científica sobre los efectos que en la salud o el medio ambiente puede producir una actividad determinada. Su aplicación requiere que, antes de aceptar una actividad o procedimiento nuevo, se disponga de evidencia de que el riesgo que comporta es aceptablemente bajo y no sólo de ausencia de evidencia de que el riesgo es elevado e inaceptable. La implementación, sin embargo, es compleja, porque no se especifica cuantitativamente la precaución que hay que tener o el momento en el que

⁵ SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Editora Nacional, Cultura y Sociedad, 1984, pp. 102-106.

⁶ GARCÍA ROCA, J., “Rentas mínimas garantizadas”, en *Iglesia viva: Los derechos sociales* nº 151, enero-febrero 1991, pp. 37-56.

⁷ VIDAL GIL, E.J., *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español* (parte IV, “La solidaridad como derecho”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 129 ss.

⁸ SANCHEZ RUIZ, E., “El principio de precaución: implicaciones para la salud pública”, *Gaceta Sanitaria* [online]. Vol. 16, nº. 5, 2002 pp. 371-373, <http://scielo.isciii.es>

deben aplicarse las medidas precautorias⁹. El principio de precaución muestra aquí su aspecto más novedoso y más problemático.

A continuación, daremos cuenta de la relevancia de dos de los criterios reseñados, *la integridad y la calidad de vida*. El problema ha consistido siempre en explicar cómo pueden entrar en relación entre sí los ámbitos inconexos de lo material y lo mental para constituir el grado de unidad que experimentamos en cuanto personas humanas, en el momento actual sería, a mi juicio, a través de los criterios de integridad y calidad de vida. El primero porque es el propio individuo el que puede modular lo intacto de su integridad hasta un límite que eventualmente puede fijar el Estado al proteger la integridad incluso contra la voluntad de su titular. Esta acción estatal refleja la proyección del principio de protección de la integridad como principio objetivo eventualmente oponible a la voluntad misma del titular del derecho. El segundo parámetro que puede ayudar a tomar decisiones, es por tanto la calidad de vida, en la aplicación de las TIC y especialmente en el ámbito sanitario. A partir de aquí, ¿puede la calidad de vida ser un criterio válido para decidir sobre la dignidad o la integridad de la vida humana? La duda que en último extremo ha de despejarse es si el titular goza de soberanía sobre su propio cuerpo, es decir, si disfruta de la libre disposición sobre su integridad, y si tal soberanía puede y en que casos puede ser limitada por la oposición de otros criterios. ¿Cuál es la incidencia de un concepto amplio que está reflejado de modo complejo como es el de calidad de vida? La finalidad con la que los expongo esta reflexión es que actuarán como criterios de decisión para pronunciarse sobre la legitimidad e ilegitimidad de la aplicación de las TIC en el ámbito de la salud.

⁹ CORTINA ORTS A., *Hasta un pueblo de demonios, ética pública y sociedad*, Taurus, 1998, pp.150 ss. Siguiendo a la autora, la ética pública, que paradójicamente, parece a la vez imposible y necesaria. Se apuesta aquí por la razón diligente, de quienes se esfuerzan por diseñar propuestas de justicia, que hoy no puede ser sino local y global, y se esboza un proyecto de ética pública para las organizaciones y las instituciones, preocupado por hacer justicia y propiciar felicidad. Para ello, reclamamos en el uso de las TIC y la salud una ética pública, en la que propone como nueva regla de oro: “respetar y defender el orden moral de la sociedad como quisieras que la sociedad respetara y defendiera tu autonomía”. “Integración que no puede lograrse si no se fortalece de raíz un doble vínculo: el de la comunidad hacia sus miembros, protegiendo realmente sus derechos, y el de los miembros hacia la comunidad.

II. INTEGRIDAD

La integridad ya sea por su íntima conexión con la dignidad, ya sea por servir su ejercicio al libre desarrollo de la personalidad, ya sea por múltiples indicios formales que hallamos en nuestro ordenamiento, supone un derecho de máximo rango. Hablo del principio de protección de la integridad, como principio de la civilización moderna al que no se puede renunciar sin abdicar tanto de lo civilizado como de la modernidad. Está inserto en nuestro ordenamiento jurídico con el máximo nivel, el constitucional, no es, por tanto, un rescoldo ideológico. La integridad física y moral, acompañado de la prohibición de torturas, tratos inhumanos o degradantes, viene proclamado como derecho en el artículo 15 de la CE¹⁰, justo después del reconocimiento del derecho a la vida; pero si este último ha sido profusamente estudiado por la doctrina, no ha ocurrido lo mismo con el derecho a la integridad personal, y ello a pesar de que presenta problemas puramente constitucionales de cierta complejidad. Lo anterior sucede en la medida en la que forman parte del derecho varias posiciones jurídicas subjetivas negativas, positivas o de otra naturaleza. No cabe duda de que la protección de la integridad personal del sujeto venía siendo comprendida de una u otra suerte dentro del ámbito de la libertad individual que frente al Estado podía oponer el sujeto¹¹. Al poder público no le era dable incidir en este ámbito, tampoco el de la integridad física o psíquica del individuo que podía ejercer sobre su cuerpo la capacidad de decisión anejas a la libertad.

A mi juicio, los derechos fundamentales, cuando se proyectan como principios actúan como

¹⁰ CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, Valladolid, IVAP/HAEE, Editorial Lex Nova, 2006, p.71; CARIO, R. “El restablecimiento de la pena de muerte: consideraciones de orden penológico y criminológico” en CARIO R. (compil.), *La pena de muerte en el umbral del tercer milenio, en homenaje al profesor Antonio Beristain*, Madrid, Edersa, 1996, pp. 169-192 ss.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., “Derecho a la vida y a la integridad física y moral”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 3, 2002, pp. 2141-2152; GIL HERNÁNDEZ, A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Madrid, Colex, 1995 p. 100 ss.; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, 1994 pp. 150 ss.; HUERTAS MARTÍN, M^o I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, 1999, pp. 450. ss.

¹¹ SHIMITT C., *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1992, pp. 164 ss.

mandatos de optimización. Es verdad que la objetivización de los derechos convertidos en principios, subvierte la clara concepción liberal de los derechos en principios ilimitados, a los que solo puede limitarse cuando es necesario para la realización de la libertad ajena¹². Así, el derecho a la integridad es deducido como un derecho subjetivo a la integridad física y moral; que este derecho no confiere sólo posiciones individuales definitivas, salvo la directamente inferible de la prohibición absoluta de la tortura y de tratos inhumanos o degradantes¹³.

Por otra parte, si todos los derechos conectan, de una u otra suerte, con todos los valores al ser estos tan generalísimos, el derecho a la integridad materializa su posición concreta sobre todo la dignidad¹⁴. Si la dignidad es, en palabras de HABERLE, la premisa cultural antropológica del Estado constitucional, los derechos inherentes a ella, son sus manifestaciones señeras y, por eso mismo, son fundamentales¹⁵. Para algunos, la integridad es un concepto más complejo que el de autonomía. La integridad abarca, para algunos, la autonomía porque la pérdida de ésta impide que se obre como ser humano intacto y completo. Sin embargo, la autonomía no es sinónimo de integridad de la persona, ya que la integridad incluye la totalidad fisiológica, psicológica y espiritual del individuo. La autonomía es una capacidad de la persona total, pero no es el total de las capacidades de una persona, como abarcaría la integridad. Podemos resumir las diferencias entre la autonomía y la integridad del siguiente modo: la autonomía es una capacidad inherente al hecho de ser persona racional. Es algo que tenemos o poseemos. Si no hemos desarrollado nuestra capacidad para emitir un juicio racional carecemos de autonomía y podemos perder la que tengamos al perder esa capacidad racional¹⁶.

¹² ALEXY, R., op. cit., p.85.

¹³ CANOSA USERA, R., op. cit. p.63.

¹⁴ *Ibidem*, p. 62.

¹⁵ HABERLE, P., *El Estado Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp.169ss; SERRANO RUÍZ- CALDERÓN, J.M., *Nuevas cuestiones de bioética*, Pamplona, Eunsa, 2002, pp. 100-118. Para el autor, resulta evidente que cualquier tipo de actuación biotecnológica sobre el organismo de un ser humano afecta de algún modo a la integridad física, psíquica o moral del ser humano y, por ello, al núcleo duro de su dignidad

¹⁶ RODRIGUEZ CASAS R. C., "Eutanasia: aspectos controversiales", Monografía de Doctorado en Medicina, Lima

Como indica CANOSA USERA a primera vista "se perciben las concomitancias entre el derecho a la integridad y el derecho a la protección de la salud, porque la salud a menudo se preserva con intervenciones directas sobre la integridad física o sobre la integridad moral (ejemplo, un tratamiento psiquiátrico). Podríamos decir que la voluntad del titular del derecho a la integridad, consintiendo o negándose a ser intervenido, es el elemento definitorio del derecho, su facultad nuclear. Facultad o poder que tiene un individuo para hacer algo, para reclamar de otro que lo haga o para exigir de los demás que no perturben o interfieran la propia acción. Dicho de otro modo, es la situación de poder concreto otorgada por el Ordenamiento jurídico a un sujeto para que defienda y satisfaga sus propios intereses"¹⁷. En estos términos se expresa la LBRAP que reconoce, entre los derechos del paciente, el de consentir las intervenciones y tratamientos médicos que se le ofrezcan (artículo 2.2 y 3) y el derecho a negarse a sufrirlas (artículo 2.4). Estamos ante una regulación expresa del derecho a la integridad¹⁸.

De manera análoga, hemos señalado que el derecho a la salud o, mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma¹⁹.

(Peru), *Revista Medica Herediana*, Vol.12, nº1, 2001, pp. 32-36.

¹⁷ CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal...*cit. p.105.

¹⁸ Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es muy distinta: partiendo de la base de que no existe un derecho subjetivo a la propia muerte admite, teóricamente solo, el derecho a rechazar la asistencia médica, aún con riesgo de la propia vida, en los supuestos que sólo afectan al interesado y en los cuales no exista una relación de sujeción especial entre éste y la Administración. Esto es lo que se señala en la STC 120/1990, de 27 de Junio. Aunque la realidad ha sido muy distinta y el paternalismo del Estado se ha demostrado en numerosas sentencias y autos posteriores en los que, con las condiciones descritas anteriormente, los jueces han autorizado la transfusión aún en contra de la voluntad del testigo de Jehová mayor de edad y capaz

¹⁹ STC 5/2002, de 14 de enero (BOE núm. 34, de 8-2-2002). Sala Primera. Recurso de amparo 5341/98. Deniega el amparo (Ponente: Magistrado D. Pablo García Manzano).

La jurisprudencia ha ido creando un corpus que, si bien no es muy copioso, ha alcanzado tal madurez que contamos ya con respuestas para la mayoría de las cuestiones más controvertidas²⁰, como por ejemplo, la equiparación práctica entre integridad moral e integridad psíquica. El derecho a la integridad personal protege, pues contra menoscabos psicológicos y morales, y no sólo frente a las intervenciones que afecten a la integridad corporal. Además del bien integridad corporal también se protege el bien jurídico integridad moral. Prueba de lo anterior es la rigurosa tipificación penal de atentados contra la integridad moral (artículos 173, 174 y 175 del CP). Pero lo que interesa ahora no es demorarnos en detalles técnicos, sino extraer el principio regulador que da coherencia a todo el sistema. Es una idea muy simple: el artículo 173.1 del CP es el instrumento normativo para la represión penal del acoso moral (recordemos su tenor literal: “el que inflingiera a otra persona un trato degradante, quebrantando gravemente su integridad moral...”). A fin de comprender este planteamiento conviene fijarnos en dos elementos de la teoría del delito. Uno de ellos es el bien jurídico; el otro, los actos que lo quebrantan.

Con respecto al primero, las sentencias coinciden en señalar que el acoso daña la integridad moral, la cual se muestra como emanación directa de la dignidad humana (artículos 15 y 10 de la Constitución, respectivamente). Es decir, la integridad moral como: “Un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo, esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto”²¹. Lo que sí reclama nuestra atención es la aparente

vaguedad del concepto²². Sin embargo, para nuestro estudio, las TIC en el ámbito de la salud, la mejor manera de aclarar qué sea la integridad moral pasa por saber cuáles son los actos que la comprometen. Esto nos conduce a una perspectiva estrictamente práctica, a valorar los requisitos de la vulneración del mentado precepto, que consisten en la producción de un doble efecto en la víctima: 1) El quebranto de su voluntad; y 2) La creación de una sensación de humillación.²³ El ataque a la integridad moral de cualquier persona lo constituye la conducta que “la humille y la obligue a actuar en contra de su voluntad”. Ese es el significado de la locución “trato degradante”. Obviamente, la conducta en sí misma considerada es susceptible de entenderse como una coacción²⁴. Pero no por ello pierde autonomía. Y es que hay un “plus”. No es solo el doblegamiento de la voluntad, también está el sentimiento de degradación al que se somete al sujeto pasivo²⁵. La combinación de ambos elementos configura el artículo 173. Más allá de las estériles polémicas doctrinales, la jurisprudencia ha precisado de forma sencilla una noción operativa de integridad moral. Su violación encarna la acción típica del artículo 173.1 del CP. Sin más complicaciones, el “acoso” es el “trato degradante” mencionado en el referido precepto. Consecuentemente, no hay que perder el tiempo imaginando un listado de hipotéticas conductas aptas para llenar el tipo. Lo serán todas aquellas que valgan para humillar

²² Son conocidos los calificativos del grupo parlamentario vasco el cual, durante la tramitación en Cortes, motejó de vaporoso y ectoplásmico al artículo 173.1 del Código Penal.

²³ VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M., “Esperanzas y rece- los ante el futuro delito de acoso moral”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Agosto-Diciembre 2006, pp1-2. El autor comenta el Auto de nueve de marzo del año del año 2005 (ponente Ilustrísimo don Guillermo Castelló Guilabert, fundamento jurídico segundo).

²⁴ Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja de 14 de abril del año 2005, ponente Ilustrísimo Sr. Don Alfonso Santiesteban Ruiz.

²⁵ STC 16/2004 de 23 de Febrero.: Partiendo de doctrina STC 119/2001, de 24 de mayo, “debemos señalar que los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. Habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias tradicionales, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada”.

²⁰ DIAZ REVORIO, F. J., “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la vida y a la integridad física y moral”, *Revista jurídica de Castilla - La Mancha*, nº 17, 1993, pp. 367-400.

²¹ El auto de 15 de febrero del año 2005 de la Audiencia Provincial de León (ponente Ilustrísimo Sr. don Manuel García Prada) así lo reconoce. Al mismo tiempo, parafraseando al Tribunal Supremo, (fundamento jurídico segundo).

coactivamente a la víctima. Los medios son abiertos. Pero, como decíamos, aceptadas estas premisas, no hay sitio para los reproches que motejan de inconcreta a esta norma penal, pues, si a simple vista pareciera un tanto evanescente, basta articularla en torno a criterios nítidos para que se disipe toda imprecisión. Ese ha sido el mérito de los tribunales.

En el caso de las aplicaciones de las TIC sucede en que, como en otras ocasiones, la ciencia hace posibles cosas cuya viabilidad ética y jurídica es dudosa. Así y en relación con el principio que nos ocupa, la integridad, puede haber situaciones que la menoscaben o la pongan en peligro. Por ejemplo, en el caso del sueño utópico de la creación de una nueva especie de hombre “mitad humano” y “mitad máquina” (el “hombre biónico”, el *cyborg*)²⁶. La conexión íntima entre cerebro y conducta y, más allá, entre cerebro y *yo* genera cuestiones distintivas que requieren de la interacción recíproca entre el pensamiento ético y el conocimiento neurocientífico. Los estudios con imagenología funcional de funciones cognitivas superiores

están identificando y estructurando configuraciones de activación de la materia gris que corresponden a pensamientos que previamente eran el dominio exclusivo de la reflexión privada o que ocurren por debajo del umbral de la conciencia consciente²⁷, ¿podemos demostrar si la participación mental es determinada o libre?, ¿cuál debería ser el papel de la evidencia neurocientífica en determinar la responsabilidad legal? A medida que las poderosas nuevas TIC aumentan su desempeño al imitar más estrechamente el cerebro y se vuelven más amigables para los usuarios al remedar la expresión exterior de las emociones humanas, ¿nos encontraremos a la vez imitando nosotros a las computadoras en la búsqueda de la máxima eficiencia? ¿Qué es lo que tiene el lenguaje humano que trasciende la mera transmisión de información? Otras preguntas para la aplicación de las TIC tienen que ver con los límites correctos de los modelos médicos de pensamiento y comportamiento humanos. ¿Deberían usarse TIC para mejorar la cognición en individuos normales? ¿Cuándo está bien manejar el mal comportamiento social con estas tecnologías? ¿Estaría bien borrar recuerdos desagradables, si esto fuera posible?²⁸ Es importante destacar el tema de los

²⁶ La palabra CYBORG deriva de Cybernetic Organism - Organismo Cibernético-(*vid.* SARACENTI, G., “El cuerpo del delito. Reflexiones jurídico filosóficas en el posthumanismo” en BALESTEROS, J.; FERNANDEZ E., (coords.), *Biotecnología y posthumanismo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, pp. 139 ss.). Todo lo que es orgánico está vivo, mientras que la Cibernética se ocupa de los sistemas de control que se sirven de las analogías entre las máquinas y el sistema nervioso de los animales y el hombre. Se considera un cyborg aquel ser vivo que tiene una o varias partes de su cuerpo sustituidas por prótesis mecánicas. Entonces, ¿un hombre con cualquier tipo de implante mecánico es un cyborg? ¿A partir de qué momento un ser humano deja de serlo para convertirse en algo más parecido a un robot que a un hombre? ¿Dónde está el límite? Existen de hecho corrientes de pensamiento que estudian estos interrogantes. El Transhumanismo defiende la idea de que las nuevas tecnologías serán capaces de cambiar nuestro mundo a tal nivel en los próximos cien o doscientos años, que nuestros descendientes, en muchos aspectos, no serán más humanos. La New Flesh es otra teoría que centra una de sus vertientes en el hombre como cyborg, en cómo el cuerpo humano está cambiando debido a la aplicación de las nuevas tecnologías (implantes, prótesis). Este es, asimismo, un tema recurrente en la literatura de Asimov, totalmente fascinado por la avalancha de cuestiones de tipo filosófico y moral que plantea el intentar establecer dicho límite. *Vid.* JIMÉNEZ DOMÍNGUEZ, R. V.; LONGAR BLANCO, M. P., “Bases para la neuroética”, *Centro de Investigaciones Económicas, Administrativas y Sociales del Instituto Politécnico Nacional*, México, D.F., II Congreso Iberoamericano de filosofía de la ciencia y tecnología del 25 al 30 de septiembre de 2006.

²⁷ MORTON, O., “Overcoming Yuk. Wired”, 6 de enero de 1998, citado por WILLIAM P.; CHESHIRE, M.D., “Materias grises: Neurociencia, matiz y neuroética”, Traducción de Alejandro Field, *Ethics & Medicine: An International Journal of Bioethics*, Vol 22, n° 1, 2006, pp.1 ss. Para el autor, debemos discutir algunos problemas éticos asociados al desarrollo de estas tecnologías y otras como las de neuroimagen, mediante las cuales ya empieza a ser posible detectar ciertos estados neuronales correlacionados con estados mentales. Se abordan también cuestiones relativas a preguntas como las siguientes: ¿pueden estas tecnologías llegar a ser un instrumento de dominación de las culturas marginadas por los países del primer mundo?, ¿qué límites deben ser respetados a fin de que las libertades innovadoras de la comunicación no se inmiscuyan excesivamente en la privacidad personal?, ¿qué clases de salvaguardas se necesitarán para proteger nuestra privacidad si una máquina puede leer nuestros pensamientos? Los posibles implantes de las TIC que potencien nuestras capacidades intelectuales, ¿acentuarán las diferencias entre ricos y pobres?, o, por lo contrario, ¿acabarán con la diversidad social?, ¿qué pasará entonces con el “libre albedrío?”, <http://www.cbdh.org/resources/neuroethics/cheshire>

²⁸ METZINGER, T., “Una nueva imagen del hombre”, en *Mente y cerebro*, n° 20, 2006, pp. 22-25. La investigación del cerebro nos ofrece muchas posibilidades de mejorar nuestra vida. Traerá para el autor consigo también un cambio en la imagen global del hombre, mayor que cualquier revolución científica anterior. Neurociencias y teoría de la evolución hacen más comprensible nuestra vulnerabilidad, nuestra finitud y nuestro origen intramundano. La tecnología no es neutra: transforma y determina en alto grado la experiencia

implantes de TIC, ya tratado para el principio de la dignidad, que son una industria en crecimiento y desarrollo que requerirá la generación y una nueva evaluación no por décadas, si no por siglos, como algunos auguran. Sin embargo, es evidente que, cuando se habla de “prótesis”, se presupone siempre una base natural²⁹. Ahora estamos comenzando, solamente señalando un viaje largo. ¿Qué hacen de especial los implantes de TIC en comparación con implantes en general o la manipulación genética? La respuesta estaría en la esencia de las TIC, la computadora. Las computadoras, ya sean usadas en aplicaciones o nanochips masivos³⁰, no dejan de cumplir el principio universal de máquinas: son lógicamente conceptos, maleables ambos sintáctica y semánticamente. Podemos alterar sus programas y redefinir lo que representan sus acciones. Aunque hay límites lógicos, bien conocidos, en la tecnología, ya que dependen en gran parte de nuestra voluntad, implantar los dispositivos de TIC dará a los seres humanos funcionalidad. Los implantes de TIC nos proveen de oportunidades colosales mejorando y aumentando nuestras capacidades. Sin embargo, también serán una fuente continua de potenciales deliberaciones. Es la corporeidad humana tal como es hecha la que dirige también el desarrollo de la técnica teniendo como epílogo lo más sofisticado³¹.

Para la protección de la integridad, ¿hay alguna diferencia si el dispositivo de TIC está dentro del

humana, y aún las relaciones entre seres humanos y el mundo, mediante las formas en que los seres humanos entienden y manejan el mundo mismo: si el hombre es concebido como una máquina programable, esto necesariamente va a afectar todas las decisiones que se tomen en relación con la gente. A un grado esta sugerencia está correcta. Habría que anticiparse el cambio tecnológico en lugar de acomodarse. No podemos prever todos los cambios y consecuencias tecnológicas de forma exacta. Vid. MOOR, J., “Becoming a Cyborg: Some ethical and legal implications of ICT implants The ethical aspects of ICT implants in the human body”, en *Proceedings of the Roundtable Debate*, Amsterdam, 21 December 2004, Secretariat of the EGE, European Group on Ethics in Science and New Technologies to the European Commission, - December 2004, p.41.

²⁹ VIOLA, F., “La defensa de la persona humana en la era tecnológica” en BALLESTEROS, J.; FERNÁNDEZ, E., (coords.), *Biotecnología y Psotumanismo*, Pamplona (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007 p. 51.

³⁰ SCHUMMER J., “Interdisciplinary Issues in Nanoscale Research” en BAIRD, D.; A. NORDMANN A.; SCHUMMER, J. (edirs.), *Discovering the Nanoscale*, Amsterdam: IOS Press, 2004, pp. 21 ss.

³¹ *Ibidem.*, p. 52.

cuerpo o en el exterior?, ¿está la diferencia en la psicología-social? Por ejemplo, al considerar una situación en la cual un paciente solicite la desconexión y apagado del marcapasos situado fuera del cuerpo del paciente, tal petición se mira generalmente como denegación del tratamiento y podría obligar a cumplir las instrucciones previas del paciente, o última voluntad³². Podemos decir que son consecuencia de la conjugación del factor social indicado con el factor médico- tecnológico, entendido este último como el progreso espectacular de la medicina que ha desarrollado potentes tratamientos capaces de mantener funciones vitales y prolongar la vida de los pacientes, sin que ello lleve aparejado necesariamente la curación de estos últimos³³. Sin embargo, ahora podríamos suponer que los marcapasos están situados dentro del cuerpo del paciente y él hace la misma petición, ¿obligan a un médico a seguir la petición del paciente? ¿Debe cambiar la forma de proceder si los marcapasos están fuera o dentro del paciente? Ciertamente tener la necesidad de la prótesis indica una falta y una debilidad, pero por otra parte, es también verdad que el hombre remedia por sí mismo la propia pobreza, mostrando no ser una criatura pasiva o inerte³⁴. La mayoría convendría que los implantes de TIC usados para los propósitos terapéuticos son aceptables. Gran parte de la población han tenido los marcapasos o desfibriladores cardíacos implantados. El progreso ya desarrolla ojos biónicos. Aunque resulta interesante destacar que hubo también un cierto rechazo hacia los implantes cocleares. Esto ilustra que un dispositivo que tiene una finalidad terapéutica, tienen a menudo algunos otras aplicaciones. Las investigaciones actuales de la neuroingeniería computacional, se mueven en el terreno de la potenciación de funciones sensomotrices. Con la bioingeniería podremos controlar, cuando haga falta, la dimensión neurovegetativa y

³² El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, y firmado por los Estados miembros del Consejo de Europa, otros Estados y la Comunidad Europea, dedica su capítulo II al consentimiento y determina que una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento

³³ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.A., *Ley básica y las instrucciones previas.*, Ponencia del Master en derecho Sanitario de la Universidad Complutense, 26 de octubre de 2002.

³⁴ VIOLA, F., *op. cit.*, p. 52.

somatosensitiva de nuestra personalidad, en el respeto del bien de la persona y de sus actos más significativos.

Se puede afirmar, pues, que cuando las aplicaciones tecnológicas respondan al objetivo de corregir alguna deficiencia grave del propio individuo afectado, habrá que entender que tales aplicaciones no se oponen al núcleo básico del derecho a la integridad³⁵. Está por ver hasta qué punto ese control puede incidir sobre las bases neurológicas de nuestro pensamiento y volición, con sus emociones y tendencias, entre las que prima el amor humano y la actitud personal ante los valores más altos (amistad, amor a la ciencia, arte, religiosidad, honestidad moral). La parte alta de la persona (el “yo” en su sentido profundo, moral, religioso, sapiencial, personal) no nace de procesos neuronales, aunque si está condicionada por el dinamismo neurológico. Según BERGSON, la razón científica tiende a fabricar, y, por tanto, tiene por objeto propio el material inorgánico, mientras lo que es vital en el viviente se le escapa³⁶.

Una vez narrados estos ejemplo de aplicaciones, diré que todo nuestro cuerpo está implicado, en realidad, en la conducta intencional del hombre en el mundo humano: el cerebro, como procesador de información; el rostro, como órgano de comunicación humana; el aparato vocal, como instrumento físico del lenguaje; las manos, como órgano de la acción racional sobre las cosas materiales. La neuroingeniería a través de las TIC está dando una peculiar relevancia a la convivencia entre nuestro organismo, las máquinas y los procesos mentales, que sólo son posibles cuando nuestro sistema ner-

vioso funciona oportunamente³⁷. En resumen, la dimensión psicológica o moral de la vida humana inseparable de su dimensión fisiológica, de modo que la protección del núcleo central de la subjetividad personal de cada individuo implica, no sólo el amparo de las exigencias derivadas de los principios de subsistencia e integridad física, sino también el reconocimiento de los intereses o derechos que garantizan la subsistencia e integridad moral.

En conclusión, el plano que abarcaría el principio de integridad como criterio de aplicación de las TIC y el derecho a la salud, sería: la integridad física implicaría la preservación de todas las partes y tejidos del cuerpo, lo que conlleva al estado de salud de las personas; la integridad psíquica, la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales e intelectuales; la integridad moral haría referencia al derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo a sus convicciones. Los criterios orientadores no se pueden tomar, por tanto, ni de la simple eficacia técnica, ni de la utilidad que pueden reportar a unos a costa de otros, ni, peor todavía, de las ideologías dominantes. Lo que se perfila en el horizonte desde las TIC no es la figura del Cyborg de la ciencia-ficción, sino la persona humana en una nueva etapa de su desarrollo tecnológico³⁸. Este desarrollo debe estar al servicio de los fines más hondos de la existencia humana.

III. CALIDAD DE VIDA

Los orígenes de esta expresión nos son muy cercanos, pudiéndose fijar en el periodo inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, momento a partir del cual la tecnología médica ha avanzado de forma rápida. Así, frecuentemente el principio de calidad de vida es utilizado como criterio a la hora de decidir acerca de los tratamientos médicos a los que deben someterse los pacientes. La calidad de vida es el bienestar, felicidad, satisfacción de la persona que le permite una capacidad

³⁵ CASTRO CID B., “Biotecnología y Derechos humanos: Presente y futuro”, en MARTÍNEZ MORÁN, N., (coord.), *Biotecnología, Derecho y dignidad*, Granada, Comares, 2003, p.76.

³⁶ CENCILLO, L., *op.cit* p. 349. El punto de partida, según Bergson, está constituido por los hechos más evidentes: “La existencia de que estamos más seguros y que mejor conocemos es indiscutible la nuestra, pues de todos los demás objetos tenemos nociones, que pueden considerarse como exteriores y superficiales, en tanto que nosotros nos percibimos a nosotros mismos interiormente en profundidad”. (L’*évolution créatrice*, ed.cent, París, 1959, p. 494.) *Vid.* también la diferencia que, en este sentido, realiza Ortega y Gasset en MARCOS DEL CANO, A.M., “Una visión orteguiana del fundamento del derecho a la vida”, en *Derechos y Libertades* (nueva época), Enero, nº 16, 2007, pp. 83-99.

³⁷ BARRET, W, *La morte dell anima. Da Cartesio al computer*, traducción al italiano de R. Rini, Laterza-Bari, 1987, p.54, citado en VIOLA, F., *op. cit.*, p. 54. *Vid.* KURZWEIL, R., *The singularity is near* (The Age of spiritual machines), Viking, 2005, pp 300 ss.

³⁸ FAIRÉN, A., “Descifran los mecanismos cerebrales que activan la toma de decisiones”, Instituto de Neurociencias de Alicante, CSIC, Universidad Miguel Hernández, San Juan de Alicante, en Murcia, *La Verdad* 26 de junio de 2006, p.64.

de actuación o de funcionar en un momento dado de la vida. Es un concepto subjetivo, propio de cada individuo, que está muy influido por el entorno en el que vive como la sociedad, la cultura, las escalas de valores.

El concepto de calidad de vida en términos subjetivos, surge cuando las necesidades primarias básicas han quedado satisfechas con un mínimo de recursos. El nivel de vida son aquellas condiciones de vida que tienen una fácil traducción cuantitativa o incluso monetaria como la renta per cápita, el nivel educativo, las condiciones de vivienda, es decir, aspectos considerados como categorías separadas y sin traducción individual de las condiciones de vida que reflejan como la salud, consumo de alimentos, seguridad social, ropa, tiempo libre, derechos humanos. Parece como si el concepto de calidad de vida apareciera cuando está establecido un bienestar social como ocurre en los países desarrollados. Desde este punto de vista, podríamos diferenciar entre calidad de vida, en un sentido amplio y calidad de vida relacionada con la salud. En este sentido, mantenemos que el término calidad de vida “se refiere no sólo a la salud sino también a factores tales como la vida familiar, el nivel económico, el medio ambiente y la satisfacción profesional”³⁹. Para BRUGAROLAS la “calidad de la vida es vivir con dignidad personal, trabajo bien hecho, salario justo protección y educación familiar, solidaridad con el prójimo, participación en la construcción social, goce de los bienes y desarrollo de un estilo de vida orientado hacia la verdad, la belleza y el bien”⁴⁰. Desde un punto de vista, la calidad de la vida, entendida en un sentido, será realmente difícil de definir⁴¹. Dependerá, en gran medida, “de la escala de valores por la que cada individuo ha optado más o menos libremente y de los recursos emocionales y personales de cada uno. Además, está sometida a determinantes eco-

nómicos, sociales y culturales y se modifica, con el paso de los años, para un mismo individuo”⁴².

Según la OMS, la calidad de vida es: “la percepción que un individuo tiene de su lugar en la existencia, en el contexto de la cultura y del sistema de valores en los que vive y en relación con sus objetivos, sus expectativas, sus normas, sus inquietudes. Se trata de un concepto muy amplio que está influido de modo complejo por la salud física del sujeto, su estado psicológico, su nivel de independencia, sus relaciones sociales, así como su relación con los elementos esenciales de su entorno”⁴³. En salud pública y en medicina, el concepto de calidad de vida relacionada con la salud se refiere a la manera como una persona o grupo de personas percibe su salud física y mental con el pasar del tiempo. A menudo los médicos han utilizado el concepto de calidad de vida relacionada con la salud (HRQOL)⁴⁴, por sus siglas en inglés para medir

³⁹ ESTEVE, M.; ROCA, J., “Calidad de vida relacionada con la salud: un nuevo parámetro a tener en cuenta” en *Revista de Medicina clínica*, nº108, 1997, p.458.

⁴⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, OMS, Calidad de vida, (OMS, 1994). Para este organismo, (vid.138.a Sesión del comité ejecutivo Washington, D.C, EUA, 19-23 de junio de 2006).hablar de calidad de vida nos conduce al concepto de salud de OMS “Es un estado de completo bienestar físico, mental y social, no meramente la ausencia de malestar o enfermedad”. Un daño a la salud del individuo y las secuelas que pueda dejar en él, no solo lo afectará física o emocionalmente, sino también en la ejecución de actividades y en su participación. También, la Carta de Ottawa (1986) surge de una profunda reflexión crítica sobre la salud pública, reconociendo los factores sociales y ambientales, e incluyendo los estilos de vida como elementos fundamentales de la promoción de la salud. Su influencia ha sido significativa a la teoría de la salud pública, contribuyendo al cambio del paradigma biológico de la salud y creando las bases para el entendimiento profundo de los determinantes sociales de la salud. La Carta hace hincapié en el carácter intersectorial de la promoción de la salud, así como en la importancia de las políticas públicas y el empoderamiento de la comunidad en este proceso. En estos últimos 20 años la Carta de Ottawa continúa siendo una guía de inspiración política de muchos gobiernos, organismos internacionales, universidades, múltiples sectores, así como de la sociedad civil en su objetivo de mejorar las condiciones de la salud y promover la equidad.

⁴¹ Vid. NATIONAL CENTER FOR CHRONIC DISEASE PREVENTION AND HEALTH PROMOTION, “Tendencias durante 1993-2003”, *Salud en las Américas*, Vol.II-Países 2007, pp 341 ss. Vid. ALLGULANDER, C.; JORGENSEN, T.; WADE, A.; ET.AL, “Health-related quality of life (HRQOL) among patients with Generalised Anxiety Disorder: evaluation conducted alongside an escitalopram relapse pre-

³⁹ PERMAYER, G.; ET AL, “Valoración de la calidad de la vida relacionada con la salud a los dos años de la cirugía coronaria” en *Revista de Medicina clínica* nº 108, 1997, p.12.

⁴⁰ BRUGAROLAS, A., “Calidad de vida: concepto y definición”, en *Revista Médica de la Universidad de Navarra*, nº 39. 1995, p. 56.

⁴¹ APARISI, A.; MEGÍAS, J.J, “Fundamento y justificación de los Derechos humanos” en MEGÍAS QUIRÓS, J.J. (coord.) *Manual de Derechos humanos*, Thomson Aranzdi, 2006, p. 179.

los efectos de las enfermedades crónicas en sus pacientes a fin de comprender mejor de qué manera una enfermedad interfiere en la vida cotidiana de una persona. Asimismo, los profesionales de la salud pública utilizan este concepto para medir los efectos de numerosos trastornos, discapacidades de poca y mucha duración y enfermedades diferentes. La evaluación de la calidad de vida asociada a la salud se ha realizado en una gran variedad de contextos: práctica clínica, investigación de los servicios sanitarios, evaluación de las nuevas tecnologías Su seguimiento relacionada con la salud en diferentes poblaciones puede permitir la identificación de subgrupos que tienen una salud física o mental delicada y ayudar a orientar las políticas o las intervenciones para mejorar su salud. Es decir, el que hacer social no es la interacción de las personas sino la resultante de las comunicaciones –las informaciones- entre personas y estas informaciones definen, por ejemplo el tipo de indicadores⁴⁵. Partimos, para las reflexiones del problema, de la formulación de indicadores con los cuales se sustentan políticas y proyectos sociales⁴⁶.

Por tanto, la calidad de vida relacionada con la salud percibida o no, hace referencia a aquellos aspectos de nuestra vida influenciados por el funcionamiento físico-mental y nuestro bienestar⁴⁷. Por todas estas razones, lo más frecuente es encontrar definiciones de calidad de vida aplicada a una determinada patología, ensayo, etc. En este sentido, existen tablas de calidad de vida “que conceden a la ausencia de dolor físico, alimentación, sueño y defecación un valor del mismo rango que a la ausencia de sufrimiento moral, a la comunicación con los otros, al trabajo y a la autonomía en los actos de la vida cotidiana”⁴⁸. El concepto de calidad de vida se complica todavía más cuando se le otorga un mayor peso a las apreciaciones subjetivas del paciente.

En el ámbito ético y jurídico, la calidad de vida se ha utilizado en ocasiones para reducir la protec-

ción de la vida humana, indicando que sólo son objeto de protección aquellas vidas con una cierta calidad. En primer lugar, podríamos señalar que esta concepción parte de un modelo dualista de persona. El cuerpo es considerado como objeto (*res extensa*), al que se aplican los mismos parámetros de calidad que al resto de los bienes materiales⁴⁹. De este modo, sólo tendrá valor o dignidad si en el mismo concurre un determinado nivel de “calidad”. Sin embargo, la mayoría de los autores optan por definir la calidad como un atributo o propiedad tanto de la vida biológica como de la vida personal. No obstante, es posible hacer una diferenciación entre los que la identifican como un único atributo de la vida y los que la identifican como un conjunto de propiedades de esta vida. A título de ejemplo, podemos decir que la calidad significa la capacidad o potencialidad para relacionarse con otros⁵⁰. En conexión, la calidad de vida consistiría en la relación que existe entre la condición médica del paciente, por una parte, y la capacidad del paciente para conseguir propósitos humanos, por otra⁵¹. En ocasiones se tiende a identificar la calidad de vida con una mínima independencia incluyendo en esa propiedad básica la capacidad para relacionarse con otros⁵², el comunicarse, el desplazarse y el realizar las tareas básicas de higiene comida y vestido⁵³. A pesar de las múltiples defini-

vention trial.)” *Current medical research and opinion.*, Vol. 23nº 10, 2007, pp.2543-2549.

⁴⁵ LUHMAN, N., *Politische theorie in Wohlfahrtsstaat. Teoría Política en el Estado de Bienestar*, Alianza Universidad, Madrid 1997, pp. 41-45.

⁴⁶ SEN KUMAR, A., *On ethics and economics, Sobre ética y economía*, Alianza, Madrid, 1989, p.25-27.

⁴⁷ APARISI, A.; MEGÍAS, J. J., *op. cit.*, p.179

⁴⁸ VEGA, J.; ET AL, “Aspectos bioéticos de la calidad de vida”, en *Cuadernos de Bioética* nº19, 1994, p.156.

⁴⁹ APARISI, A.; MEGÍAS, J. J., *op. cit.*, p.178. Asimismo, para los autores, el cuerpo se concibe como un objeto de dominio, susceptible de propiedad y de libre disposición, por parte del propio sujeto, e incluso por terceros. Por su parte, la racionalidad y libertad humana (*res cogitans*) se entienden desvinculadas de la naturaleza biológica, de la propia vida humana. *Vid.* MEGÍAS QUIROS J. J.; BALLESTEROS, E.V.; MORA, E. V., “Los elementos constitutivos de los derechos humanos”, en MEGÍAS QUIROS J. J., (coord.), *Manual de Derechos Humanos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2006, pp. 150-153,

⁵⁰ Mc CORMICK, R. A., “To save or let Die”, *JAMA*, Vol. 229, July 8 of 1974, pp.10 ss., cit, en WALTER, “Quality of.” 1995, p.1354.

⁵¹ WALTER, J., “Quality of Life in clinical decisions”, *Encyclopedia of bioethics*, Vol.3, 1995, pp.1352-1357. Estos propósitos los entiende como aquellos valores materiales, sociales morales y espirituales que trascienden lo que es propiamente la vida biológica. Esto significa que los pacientes mismos evaluarían lo que es la calidad de vida o no.

⁵² SHELP, EARL E., *Born to Die? Deciding The Fate of Critically III*, Newborns, New York, Free Press, 1986, citado en WALTER, “Quality of Life in clinical decisions”, *Encyclopedia of bioethics*, Vol.3, 1995, pp.1352-1357.

⁵³ APARISI, A.; MEGÍAS, J. J., *op. cit.*, p.178.. A ello hay que añadir otra grave objeción: la misma noción de cali-

ciones que se han dado de la calidad de vida, sí se puede decir que hay un punto de coincidencia y es la valoración relativa que de la vida humana realizan⁵⁴.

Parece evidente que no cabe una comprobación empírica y objetiva del criterio de la calidad de vida. Los mismos parámetros usados para determinar la calidad de vida parecen, como hemos intentado mostrar, muy subjetivos e imprecisos. Este criterio es una categoría multidimensional, presupone el reconocimiento de las dimensiones materiales, culturales, psicológicas y espirituales del hombre, combate el concepto de hombre unidimensional y uniforme y obliga a desplegar mucha creatividad para aprender la diversidad humana. Lo anterior se acopla a la perfección a la mayoría de las tendencias actuales que rechazan el concebir al humano como ser lineal, ello se considera obsoleto, ya que desde su misma corporalidad la complejidad del ser humano es indescriptible, por ello acercarse a los procesos desde una forma holística permite mayor comprensión de esta madeja de factores mutuamente influyentes; por ello el concepto de calidad de vida depende, además en gran parte de la concepción propia de mundo que tiene el sujeto en particular: la interpretación y valoración que le da a lo que tiene, vive y espera.

No cabe duda que las TIC sirven para mejorar la calidad de vida de los colectivos sociales más desfavorecidos. Son muchas las personas que, debido a una discapacidad a su edad u otros motivos, se enfrentan a constantes dificultades en su vida diaria. Estas tecnologías sirven para ayudar a colectivos vulnerables, que tienen muy limitada, por ejemplo, la capacidad de movimiento. Pero, también sirven para abordar prestaciones de servicios para personas con enfermedades cardiovasculares o respiratorias, o ancianos que tienen unas patologías asociadas con la edad. Las aplicaciones darán soluciones a la vida diaria, ayudándoles a controlar su enfermedad y fomentando su participación social, lo que evitarán que queden aislados. La prioridad sería, por tanto, mejorar la calidad de vida de estos grupos con necesidades especiales.

dad de vida es un concepto muy difuso, impreciso y difícil delimitar.

⁵⁴ MARCOS DEL CANO, A.M., voz "Calidad de Vida", en *Enciclopedia de Bioderecho*, (en prensa).

Entendemos y como conclusión, consideramos que el criterio "calidad de vida" debe tratarse con mucha cautela y prudencia precisamente por la ambigüedad (demostrada) que implica⁵⁵, si bien debe tenerse muy en cuenta para la incorporación, de una forma lo más generalizada posible, de las TIC en el ámbito de la salud.

IV. CONCLUSIONES

En el debate actual no nos interesa la regulación, sino que dado el modo de originarse la aplicación de las TIC en el ámbito de la salud y las funciones a desempeñar a las que está llamada, nos importa detenernos en los pilares o principios sobre los que debe asentarse esta regulación.

1) La repercusión sobre la integridad física y moral por la aplicación de las TIC en el ámbito de la salud, pasa por saber cuáles son los actos que la comprometen. El plano que abarcaría la integridad como criterio de aplicación de las TIC y el derecho a la salud sería: la integridad física, que implicaría la preservación de todas las partes y tejidos del cuerpo, lo que conlleva al estado de salud de las personas; la integridad psíquica, que es la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales e intelectuales; la integridad moral, que haría referencia al derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo a sus convicciones. Los criterios orientadores no se pueden tomar, por tanto, ni de la simple eficacia técnica, ni de la utilidad que pueden reportar a unos a costa de otros ni, peor todavía, de las ideologías dominantes. A causa de su mismo significado intrínseco, la aplicación de las TIC abarca, también, la exigencia del respeto a la integridad física, psíquica y moral en su dimensión de exclusión de toda intervención no consentida.

2) Para hablar del uso de las TIC, en el ámbito de la salud, parece evidente que no cabe una comprobación empírica y objetiva de la calidad de vida. Los mismos parámetros usados para determinar la calidad de vida parecen, como hemos intentado mostrar, muy subjetivos e imprecisos. Este criterio es una categoría multidimensional, presupone el reconocimiento de las dimensiones materiales, culturales, psicológicas y espirituales del hombre,

⁵⁵ MARCOS DEL CANO, A. M., *La Eutanasia Estudio filosófico jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p.107.

combate el concepto de hombre unidimensional y uniforme y obliga a desplegar mucha creatividad para aprender la diversidad humana. Lo anterior se acopla a la perfección a la mayoría de las tendencias actuales que rechazan el concebir al humano como ser lineal, ello se considera obsoleto, ya que desde su misma corporalidad la complejidad el ser humano es indescriptible, por ello acercarse a los procesos desde una forma holística permite mayor comprensión de esta madeja de factores mutuamente influyentes; por ello el concepto de calidad de vida depende, además en gran parte de la concepción propia de mundo que tiene el sujeto en particular: la interpretación y valoración que le da a lo que tiene, vive y espera.

No cabe duda que las TIC sirven para mejorar la calidad de vida de los colectivos sociales más desfavorecidos. Son muchas las personas que, debido a una discapacidad a su edad u otros motivos, se enfrentan a constantes dificultades en su vida diaria. Estas tecnologías sirven para ayudar a colectivos vulnerables, que tienen muy limitada, por ejemplo, la capacidad de movimiento. Pero, también sirven para abordar prestaciones de servicios para personas con enfermedades cardiovasculares o respiratorias, o ancianos que tienen unas patologías asociadas con la edad. Las aplicaciones darán soluciones a la vida diaria, ayudándoles a controlar su enfermedad y fomentando su participación social, lo que evitarán que queden aislados. La prioridad sería, por tanto, mejorar la calidad de vida de estos grupos con necesidades especiales.

Ciertamente, como he señalado anteriormente, existen ciertos parámetros que pueden ayudar en la toma de decisiones en el ámbito sanitario. Considero que el criterio calidad de vida debe tratarse en el ámbito de la salud para la aplicación de las TIC con mucha cautela y prudencia, precisamente por la ambigüedad (demostrada) que implica. Creo que este criterio puede ayudar a resolver situaciones en la aplicación de las TIC. Este debe ser el camino del futuro, entendiendo la calidad de vida como condicionante de la normatividad jurídica en lo que al derecho a la salud se refiere.

LOS NUEVOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS CONTRACTUALES: APROXIMACIÓN A LOS MODELOS AUTONÓMICOS*.

Gustavo Merino Gómez

*Asesor Jurídico de la Consejería de Sanidad.
Gobierno de Cantabria*

I. CUESTIONES PRELIMINARES. II. CARACTERES DEL NUEVO TRIBUNAL. III. COMPETENCIAS. IV. LA NUEVA CUESTIÓN DE NULIDAD Y NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. V. ÓRGANOS AUTONÓMICOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONTRACTUALES.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Con el fin de garantizar la correcta aplicación de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, y la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso

en materia de adjudicación de contratos públicos¹, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que ha modificado, entre otras, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, (en adelante LCSP) ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico un

¹ Conviene destacar también como antecedente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2008 que declaró el incumplimiento por el Reino de España de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración.

* El presente trabajo trae causa de la comunicación presentada el día 20 de octubre de 2010 en el XIX Congreso de Derecho y Salud organizado por la Asociación de Juristas de la Salud y celebrado en Logroño (La Rioja).

nuevo órgano de resolución de recursos contractuales, el denominado “Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales” (en lo sucesivo TACRC).

A diferencia de otros órganos que ejercen funciones en materia de contratación administrativa, como la Junta Consultiva de Contratación, prevista en el artículo 299 de la LCSP o el Consejo de Estado, en virtud de lo señalado en el artículo 22.11) de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, el TACRC es un órgano administrativo especial al que corresponde la ordenación, instrucción y emisión de resoluciones en relación con el recurso especial en materia de contratación y la cuestión de nulidad, introducida, como novedad, por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, y que carece de funciones consultivas.

Entre las posibles opciones para la atribución de las competencias asumidas por este órgano, en vía parlamentaria se barajó la posibilidad de atribuir la competencia para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, opción por la que abogaba el Consejo de Estado², o de atribuir sus competencias a una Sala especial dentro del Tribunal Económico-Administrativo Central, creada al efecto, pero todas ellas fueron descartadas. Si bien, lo cierto, es que, conscientemente o no, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, dotó a este órgano de unas características similares al Tribunal Económico-Administrativo Central, con el que comparte además de su estructura Territorial, su dependencia del Ministerio de Economía y Hacienda.

Con carácter previo al análisis de las notas definidoras de este nuevo órgano, cabe destacar la propia denominación del mismo escogida por el legislador, tomada del Tribunal Económico-Administrativo Central, puesto que el término “*Tribunal*”, evoca la presencia de un órgano jurisdiccional, mientras que en el presente caso, nos encontramos ante un órgano administrativo, eso sí, de carácter especial, cuyas resoluciones son impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-

Administrativa. Por otro lado, su denominación resulta incompleta, toda vez que no sólo se pronuncia acerca de los “*recursos contractuales*” sino también y como tendremos ocasión de analizar con mayor profundidad, acerca de la cuestión de nulidad regulada en los artículos 37 y siguientes de la LCSP. Por ello, hubiera sido más adecuado elegir una denominación general referida a la “*contratación administrativa*”, al estilo de la denominación de Juntas Consultiva de Contratación Administrativa, o bien de “*conflictos contractuales*” más fieles al conjunto de materias sobre las que extiende su competencia, pues, como veremos, no sólo conoce de recursos contractuales al ser competente también para resolver la cuestión de nulidad, ni conoce de todos los recursos contractuales, ya que se excluyen de su conocimiento los recursos administrativos contra actos distintos de los enumerados en el artículo 310 LCSP.

II. CARACTERES DEL NUEVO TRIBUNAL

Teniendo en cuenta, tanto los antecedentes, como el régimen jurídico contenido en la LCSP tras la modificación operada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, la primera y más destacada característica del TACRC viene impuesta por la normativa comunitaria y es la plena independencia funcional³ de sus miembros en el ejercicio de sus competencias con respecto a la Administración Pública o poder adjudicador autor del acto. A tal efecto, los integrantes del TACRC gozan de un status similar al de los miembros de los principales órganos constitucionales, tienen carácter independiente e inamovible, y no podrán ser removidos de sus puestos sino por las causas establecidas en la

² En dictamen 499/2010, el Consejo indico que “*el modelo que mejor responde al objetivo de asegurar la efectividad de las garantías previstas es el que configura un recurso especial de carácter jurisdiccional, cuyo conocimiento se atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.*”

³ Sin perjuicio de la independencia en el ejercicio de sus funciones, el órgano se encuentra adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda y sus miembros son designados por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Justicia. El Consejo de Estado en dictamen 499/2010 indico que el segundo párrafo del artículo 2.9 de la Directiva 89/665/CEE, establece la independencia no sólo de los miembros que componen el órgano encargado de la resolución del recurso, sino del órgano mismo, por lo que, a su juicio, resultaba necesario reforzar todos aquellos aspectos del régimen jurídico aplicable al Tribunal que contribuyan a reforzar su independencia. Ello se tradujo en la mención contenida en el apartado 1 del artículo 311 que establece que el Tribunal actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias.

propia Ley. Asimismo la duración de su mandato de 6 años y el mecanismo previsto para su renovación refuerzan la independencia en el ejercicio de sus funciones.

Se trata de un órgano de perfil eminentemente jurídico, en el que sus miembros deben estar avalados por una elevada especialización técnica en el ámbito de la contratación administrativa. En este sentido, tanto el Presidente como los vocales deben ser funcionarios de carrera, de cuerpo o escala para cuyo acceso sea requisito necesario el título de licenciado o grado (obligatoriamente en Derecho en el caso del Presidente), y deberán haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

Su actividad tiene un alcance exclusivamente revisor de la actuación de la Administración Pública y de los poderes adjudicadores distintos de aquella, sin que su actuación pueda suplantar las funciones del órgano de contratación⁴.

Como hemos anticipado, se trata pues, del único órgano administrativo competente para conocer del recurso especial en materia de contratación, en relación con los actos preparatorios⁵ de los contratos previstos en el artículo 310 de la LCSP dictados por la Administración General del Estado, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas, así como de los poderes adjudicadores distintos pero vinculados a aquellos y de la cuestión de nulidad prevista en el artículo 37 de la LCSP.

Para desarrollar esa labor, el legislador únicamente ha dotado al TACRC de un Presidente y un mínimo de dos vocales⁶, si bien, consciente del ele-

⁴ Como muestra de ello, el artículo 317.2 de la LCSP establece que si, como consecuencia de un pronunciamiento del Tribunal, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para ello, careciendo el Tribunal de la competencia para designar en su resolución al licitador que, según su criterio, deba resultar adjudicatario del contrato.

⁵ Resulta reseñable que junto a los actos preparatorios del contrato el artículo 310.2 de la LCSP declara impugnables actos propios no ya de la fase de preparación sino de la fase de licitación así como la adjudicación del contrato.

⁶ Han sido designados mediante acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2010 como Presidente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales Don

vado volumen de asuntos que pueden ser sometidos a su conocimiento, la propia Ley permite incrementar, vía reglamento, el número de vocales que han de integrar el mismo y la Disposición Adicional primera de la Ley 34/2010 permite la creación de Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales, a imagen y semejanza de los Tribunales Económico-Administrativos Regionales (TEAR) con sede en cada una de las capitales de Comunidad Autónoma y con competencia exclusiva para la resolución de los recursos a que se refiere el artículo 310 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, interpuestos contra los actos de la Administración Territorial del Estado o de los Organismos y Entidades dependientes del mismo que tengan competencia en todo o parte del territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma⁷. Asimismo, se ha previsto que, para el desarrollo de sus funciones, cuente con el apoyo técnico de la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para garantizar la eficacia en su actuación.

En cualquier caso, la existencia únicamente de dos vocales se traduce, en la práctica, en la imposibilidad de que el TACRC pueda constituirse en comisiones y se vea forzado a reunirse siempre en pleno y puede comprometer, en determinados momentos, la válida constitución del mismo, al no preverse la existencia de miembros suplentes.

Es un órgano dotado de un elevado volumen de competencias, insuficientemente dotado, en cuanto al número de miembros que lo componen, salvo ampliación futura del número de sus vocales y, por último, sometido a un régimen jurídico incompatible con los brevísimos plazos que le impone la LCSP en la tramitación de los procedimientos de su competencia. Uno de los principales escollos que deberá sortear el Tribunal, por mor de lo señalado en el artículo 311.1 *in fine* de la LCSP, es la aplicación en cuanto al régimen de constitución y funcionamiento del TACRC de las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Juan José Pardo García-Valdecasas y como vocales Dña. Carmen Gomis Bernal y Don José Santos Santamaría Cruz (BOE Núm. 251 de 16 de octubre de 2010).

⁷ El nombramiento del Presidente y los vocales de estos Tribunales se hará en los mismos términos y requisitos previstos para el del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, si bien, a diferencia de los miembros del Tribunal Administrativo Central sólo se le exigirán diez años de antigüedad en el desempeño de su labor.

Procedimiento Administrativo Común. Así pues, resulta plenamente aplicable al TACRC el régimen de notificación y publicación contenido en los artículos 58 y 59 de la LRJPAC, el régimen de ampliación de plazos en la tramitación del procedimiento, el régimen de suspensión del procedimiento, entre otros.

En cuanto al régimen de notificación de sus actos, si bien, el apartado 1 de la Disposición Adicional Decimoctava de la LCSP opta por potenciar el empleo de los medios telemáticos en las comunicaciones e intercambios de información que deban efectuarse en los procedimientos regulados en la propia Ley, sin hacer distinción entre los procedimientos de contratación contenidos en la misma y los procedimientos en vía de recurso, el apartado 3 de la Disposición Adicional Decimonovena de la LCSP, modificado por la Ley 34/2010 de 5 de agosto, determina que, *“se fomentará y preferirá el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos contemplados en esta Ley por parte de los licitadores o los candidatos. En todo caso en el ámbito de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ésta, dichos medios deberán estar disponibles en relación con la totalidad de los procedimientos de contratación de su competencia.”* por lo que no incluye dentro de los procedimientos a los que se debe dar soporte telemático, a los procedimientos en vía de recurso al limitarse a los procedimientos de contratación de su competencia.

Otra de las debilidades que comprometen el devenir del TACRC es el carácter potestativo del recurso especial en materia de contratación, a diferencia de la regulación anterior, de manera que el candidato o licitador interesado en la anulación de un acto administrativo dictado en materia de contratación podrá optar entre acudir directamente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o interponer el recurso especial en materia de contratación.

El espíritu unificador de la futura doctrina del TACRC puede verse empañado, si finalmente los interesados optan por acudir a la vía jurisdiccional, en vez de agotar el recurso especial en materia de contratación. No obstante, tal y como señala Manuel Pulido Quecedo⁸, el efecto suspensivo auto-

mático que produce su interposición frente a la adjudicación del contrato lo hará un instrumento muy poderoso para evitar adjudicaciones ilegales, sin embargo esta cualidad no es predicable de la cuestión de nulidad que carece de efectos suspensivos de ninguna clase por sí sola.

Cabe resaltar que, a pesar de la recomendación del Consejo de Estado⁹, no se atribuye al TACRC la competencia para resolver los eventuales recursos administrativos ordinarios que pudieran interponerse contra los actos dictados al margen de los supuestos contenidos en el artículo 310 de la LCSP, lo que, a buen seguro, limitará el carácter unificador que la doctrina del TACRC puede alcanzar, dando lugar a pronunciamientos dispares en asuntos que comparten una misma base fáctica.

Sus resoluciones pondrán fin a la vía administrativa, y únicamente serán impugnables, bien ante las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas según establecen las letras k) y l) del artículo 10.1¹⁰, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tras su modificación por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, bien ante la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional tal y como determina la letra f) del artículo 11.1 de la citada norma.

III. COMPETENCIAS

Junto a la competencia para conocer del recurso especial en materia de contratación contra actos dictados por la Administración General del Estado, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas, así como de los poderes adjudicadores distintos pero vinculados a aquellos, el artículo 39.1 de la LCSP declara

ca Aranzadi, num. 804/2010 Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010.

⁹ A este respecto el Consejo de Estado en dictamen 514/2006, señaló *“esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos”*.

¹⁰ El artículo 10.1.1) de la LJCA atribuye a la Sala de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas el conocimiento de los recursos contra resoluciones de los Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales.

⁸ PULIDO QUECEDO. M *“El nuevo Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales”* Actualidad Jurídica

al Tribunal, competente para conocer de la cuestión de nulidad regulada en los artículos 37 y siguientes.

Debe entenderse, que únicamente será competente para conocer de la citada cuestión de nulidad en los casos en que la misma se interponga contra un acto dictado por alguno de los órganos anteriores, correspondiendo su conocimiento, a los órganos equivalentes en las comunidades autónomas cuando los actos hayan sido dictados por su propia administración, Asambleas Legislativas e instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.

No obstante, previo convenio con cada una de las Comunidades Autónomas, podrán ser sometidos a su conocimiento los recursos especiales en materia de contratación de las respectivas Administraciones Autonómicas, así como de los órganos competentes de sus Asambleas Legislativas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo y de los poderes adjudicadores vinculados a ellas que no tengan la consideración de Administración Pública, así como de los actos provenientes de las Corporaciones Locales, cuando la Comunidad Autónoma a la que pertenezcan no tenga atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación o cuando aun ostentando dicha competencia no hubiera hecho uso de la misma y no exista previsión expresa en la legislación autonómica atributiva de tal competencia.

No debe olvidarse que, junto con la resolución de los recursos especiales y las cuestiones de nulidad, el TACRC asume toda la carga procedimental asociada a la tramitación de cada uno de los procedimientos, e incluso, podrá acordar la apertura del período de prueba, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes, y consecuentemente, rechazar mediante resolución motivada, las pruebas propuestas por los interesados, cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias y practicar aquellas pruebas que considere procedentes y necesarias. Ello supone una excepción al principio general de separación entre los órganos encargados de llevar a cabo la instrucción del procedimiento y los encargados de dictar la resolución que ponga fin al mismo y puede comprometer la necesaria imparcialidad del órgano encargado de emitir la resolución en un procedimiento.

Junto a las funciones de ordenación, instrucción y resolución de los procedimientos, es el en-

cargado de decidir sobre determinadas cuestiones conexas respecto del procedimiento principal, como son la adopción de medidas provisionales previa audiencia al órgano de contratación con imposición, en su caso, de la constitución de caución o garantía suficiente para responder de los eventuales perjuicios ocasionados por la adopción de tales medidas, puede imponer, a la vista de la resolución, la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar, fijando su cuantía, acordar la imposición de multas en caso de que aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, apreciar la existencia de razones imperiosas de interés general que impidan declarar la nulidad del contrato, acordar la imposición de multas al poder adjudicador, acordar la reducción proporcionada de la duración del contrato, determinar la indemnización que corresponda al contratista por el lucro cesante derivado de la reducción temporal del mismo, siempre que la infracción no le sea imputable, entre otros.

IV. LA NUEVA CUESTIÓN DE NULIDAD Y NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

La reforma introduce como novedad en la legislación contractual, la cuestión de nulidad prevista para impugnar determinados contratos sujetos a regulación armonizada y contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la LCSP cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros en los casos determinados por la Ley.

El plazo para su interposición conforme dispone el artículo 39.3, es de treinta días hábiles a contar, bien desde la publicación de la adjudicación del contrato en la forma prevista en el artículo 138.2 de la Ley¹¹ o desde la notificación, a los licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las caracterís-

¹¹ Debe hacerse constar que la Ley 34/2010 incurre en un error al introducir en el artículo 39.3.a) de LCSP, una remisión al artículo 138.2 respecto del cómputo del plazo para interponer la cuestión de nulidad, toda vez que desde la misma entrada en vigor de la modificación, el mencionado artículo no regula la publicación de la adjudicación de los contratos, sino la publicidad de su formalización.

ticas de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor, y no desde su remisión como sucede en el caso del recurso especial en materia de contratación. Fuera de estos casos, la cuestión de nulidad deberá interponerse antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato. Debe entenderse que los licitadores únicamente dispondrán de un plazo de seis meses para interponer la cuestión de nulidad, bien en el supuesto en que, con arreglo al artículo 138.3 el órgano de contratación no estime procedente la publicación de la formalización de contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la LCSP y de cuantía igual o superior a 193.000 euros, o cuando, pese a la obligación prevista en el artículo 138.1 de la LCSP no se haya publicado la formalización del contrato ni practicada la notificación en la forma prevista en el artículo 135.4 de la Ley 30/2007.

Su tramitación sigue el dictado de la regulación prevista para el recurso especial, si bien presenta algunos matices, como son, además del plazo para su interposición, el hecho de que no resulta obligatorio anunciar previamente su interposición, y que su interposición no produce efectos suspensivos de forma automática.

A diferencia de la nulidad radical o de pleno derecho, prevista en la Ley 30/1992, se permite al órgano competente para declararla, acordar el mantenimiento de los efectos del contrato cuando, aun concurriendo los supuestos de nulidad, considere que existen razones imperiosas de interés general que exijan dicho mantenimiento, sustituyendo la declaración de nulidad, bien por la imposición de una multa que recaerá sobre el presupuesto del departamento, consejería u órgano que hubiese adjudicado el contrato, en cuantía que no excederá del 20% del precio de adjudicación del mismo, bien por la reducción proporcionada de la duración del contrato, además de la correspondiente sanción disciplinaria que recaiga sobre el responsable de la infracción determinante de nulidad, en ambos casos.

Además de las consignadas con carácter especial en el artículo 37.1 de la LCSP, son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el

estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 49 y la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003¹², de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

Como aspectos novedosos de la regulación del recurso especial en materia de contratación, previsto en los artículos 310 y siguientes de la LCSP, además de su carácter potestativo, destaca el hecho de que debe ser objeto de anuncio previo al órgano de contratación, mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto de recurso para, más tarde, formalizar el recurso. Así pues, de acuerdo con lo señalado en el artículo 314.1 de la LCSP *“todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 310.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso”* y de acuerdo con lo señalado en el artículo 314.4.e) de la LCSP deberá aportar junto con el escrito de interposición *“el justificante de haber dado cumplimiento a lo establecido en el apartado 1 de este artículo”*.

Tal y como ha indicado la Abogacía General del Estado¹³ *“el anuncio previo en cuestión, ha de formalizarse mediante escrito especificando el acto del procedimiento de contratación que vaya a ser objeto del recurso, es obligatorio, debiendo justificarse haber dado cumplimiento a esa exigencia al presentar el escrito de interposición del recurso, pues, de lo contrario, no se dará curso al mismo, aunque se trata de una omisión subsanable de acuerdo con el artículo 314.5 de la Ley”*.

No se comprende el valor añadido que el citado anuncio supone en los casos en los que el recurso especial es interpuesto ante el propio órgano de contratación. En este caso, nada impediría que la presentación del anuncio y la del escrito del recur-

¹²El artículo 46 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria señala que son nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que incumplan esta limitación.

¹³Circular de la Abogacía General del Estado 3/2010, de 19 de octubre de 2010

so fuera sucesiva e inmediata. Más acorde con la finalidad del anuncio, hubiera sido prever que el anuncio únicamente resulta exigible en los casos en que la intención del recurrente es presentar el escrito del recurso en el registro del TACRC, y no en el del órgano de contratación.

El plazo para su interposición ha sido ampliado de diez a quince días hábiles contados a partir del siguiente a “*aquél en que se remita la notificación del acto impugnado*” a diferencia del antiguo artículo 37.6 de la LCSP en el que el plazo se refería al día siguiente a aquél en que se notificase o publicase el acto impugnado, lo que ya introducía cierta inseguridad cuando las fechas de notificación y publicación no coincidían. En el caso de que el acto recurrido fuera el de la, ya inexistente, adjudicación provisional del contrato, en cuyo caso, el plazo se computaba desde el día siguiente a aquél en que la misma fuera objeto de publicación en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación.

Así pues, en el caso de que se recurra la adjudicación del contrato, la fecha para el inicio del cómputo del plazo es la fecha de remisión de la notificación, concepto ambiguo y sin tradición en el Derecho Administrativo Español, que no puede equipararse a la fecha de la propia resolución, la fecha de su notificación o publicación, ni, en pureza, la fecha de su registro, toda vez, que la remisión de la notificación puede ser posterior a su registro.

No se prevé, en la regulación del recurso especial en materia de contratación, ni en el caso de la cuestión de nulidad, el plazo máximo del que dispone el TACRC para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento, ni si una vez alcanzado dicho plazo máximo, el interesado puede entender estimada o desestimada su pretensión¹⁴.

Además, debe tenerse en cuenta que, por aplicación del artículo 311.2, las Comunidades Autónomas podrán prever la interposición de recurso administrativo previo al recurso especial en materia de contratación contemplado en el artículo 310. No cabe interpretar, en el caso del “*recurso adm-*

nistrativo previo”, que el legislador pretenda referirse al recurso de alzada ni al recurso potestativo de reposición, toda vez que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 109.a) y 117.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, los mismos agotan la vía administrativa y contra ellos no cabe la interposición de ningún otro recurso administrativo, por lo que las Comunidades Autónomas tendrán la potestad para crear nuevos recursos especiales en materia de contratación, al margen del ya previsto, con carácter general, en el Libro VI de la LCSP.

A diferencia de la regulación anterior, el recurso puede presentarse, no sólo en el registro del órgano de contratación, sino también en el registro del órgano competente para la resolución del recurso, esto es el propio TACRC.

Su carácter suspensivo *per se*, se limita a la adjudicación del contrato (adjudicación definitiva, en los términos de la anterior regulación), si bien, la suspensión del procedimiento de contratación, prevista en el artículo 315 de la LCSP sólo se prolongará bien hasta que se dicte resolución en contrario o bien hasta que se dicte la resolución que ponga fin al procedimiento en vía de recurso. Asimismo, a tenor de lo señalado en el artículo 313 y 316.3 de la LCSP puede solicitarse la adopción de medidas cautelares con carácter previo a la interposición del recurso contra todo tipo de actos impugnables según el artículo 311 de la LCSP, debe entenderse incluido el acto de adjudicación, o en el propio escrito del recurso.

Por lo que respecta al régimen transitorio la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, dispone en su apartado primero que “los procedimientos de recurso iniciados al amparo del artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, o los de reclamación que se hayan iniciado al amparo del artículo 101.1 a) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, en la redacción vigente con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo”.

Por lo que aquellos recursos interpuestos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 34/2010 (la cual se produjo el 9 de septiembre de 2010 de acuerdo con su Disposición final tercera) deben tramitarse con arreglo al régimen previsto en el artículo 37 de la Ley 30/2007 vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010.

¹⁴ Deberá aplicarse de forma analógica el régimen general de plazos y del silencio administrativo en los procedimientos en vía de recurso contenidos en los artículos 42.3 y 43.1 en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La desaparición de la adjudicación provisional dentro del procedimiento de adjudicación de los contratos administrativos y del listado de actos susceptibles de ser impugnados a través del recurso especial en materia de contratación contenidos en el artículo 310 LCSP, ha llevado a plantearse si resulta posible interponer recurso especial en materia de contratación, contra la adjudicación provisional acordada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto. El criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa¹⁵, es que no cabe la interposición de dicho recurso especial salvo el caso en que deba entenderse que reúne los requisitos que permiten recurrir los actos de trámite. Señala la Junta que, frente a los actos de adjudicación provisional dictados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma, debe considerarse que no cabe el recurso especial creado por ella, más que si respecto de ellos se cumplieran los requisitos que de conformidad con el nuevo artículo 310 permiten recurrir los actos de trámite. El acto de adjudicación recurrible como tal es la adjudicación definitiva. Y ello, porque sólo de esta forma es posible cumplir con la exigencia derivada de la sentencia de 3 de abril de 2008 en el asunto antes citado, cuya doctrina es recogida expresamente en la Directiva 2007/66/CE, en el sentido de que entre la adjudicación del contrato y su celebración debe transcurrir un periodo de suspensión de sus efectos que permita la posibilidad de interponer el recurso especial y durante el cual, por tanto, no se produzcan actos administrativos que pudieran ser también recurridos. Esta es la razón última que ha llevado al legislador a suprimir una de las dos adjudicaciones y a establecer que el contrato se perfeccione mediante su formalización.

V. ÓRGANOS AUTONÓMICOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONTRACTUALES.

El artículo 311.2 de la LCSP señala que las Comunidades Autónomas deberán crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen

un adecuado conocimiento de las materias de que deba conocer. El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad.

Para dar cumplimiento a este mandato, las Comunidades Autónomas han seguido caminos diversos para designar al órgano encargado de resolver las reclamaciones suscitadas en materia de contratación.

En un primer grupo algunas Comunidades Autónomas ya habían atribuido la competencia para resolver tales cuestiones a sus Juntas de Contratación, tal es el caso de Navarra, que mediante Ley Foral de Navarra 6/2006¹⁶, de 9 de junio, de Contratos Públicos, atribuye a la Junta de Contratación Pública, adscrita al Departamento competente en materia de economía, la competencia para resolver las reclamaciones en materia de contratación pública. En el mismo sentido, la Ley 3/2003 de 26 de marzo¹⁷, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears atribuye a la Junta Consultiva de Contratación la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación.

Otras comunidades, sin embargo, no cuentan aún con órgano encargado de resolver las impugnaciones de actos dictados en materia contractual y en la actualizada tramitan proyectos de Ley para crear dichos órganos y configurar su régimen jurídico.

En otros casos se ha optado por crear mediante reglamento el órgano encargado de resolver los conflictos contractuales, tal es el caso de las provincias de Álava, Guipuzcoa y Vizcaya¹⁸ han sido

¹⁶ Artículos 208 y siguientes de la Ley Foral de Navarra 6/2006¹⁶, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

¹⁷ Artículo 66 de la Ley 3/2003 de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears

¹⁸ Decreto Foral 44/2010, del Consejo de Diputados de 28 de septiembre, que aprueba la creación del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Álava, el Decreto Foral 24/2010, de 28 de septiembre, de creación y regulación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Guipúzcoa y el Decreto Foral 102/2010, de 29 de septiembre, de creación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Vizcaya.

¹⁵ Informe 45/10, de 28 de septiembre de 2010. "Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con los supuestos de derecho transitorio que pueden derivar de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto".

creados mediante Decretos Forales o el caso de la Comunidad Autónoma de Cantabria, que no había designado aún al órgano encargado de la resolución del recurso especial en materia de contratación, en los términos de la antigua redacción del artículo 37.4 de la LCSP ni cuenta en la actualidad con Junta Consultiva de Contratación, la Ley de Cantabria 1/201019, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Cantabria 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria y la Ley de Cantabria 11/2006, de 17 de julio, de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico, autoriza al Gobierno para que, dentro del respeto a la legislación básica estatal, cree un órgano colegiado independiente para el conocimiento y la resolución de los recursos especiales en materia de contratación que se interpongan en relación con los procedimientos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma, para los entes, las entidades y los organismos que integran su sector público, así como, en su caso, para los entes que integran la Administración Local en Cantabria.

¹⁹ Disposición Adicional Primera de la Ley de Cantabria 1/2010, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Cantabria 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria y la Ley de Cantabria 11/2006, de 17 de julio, de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico

EL DEBATE SOBRE LA ACCIÓN DIRECTA FRENTE A LA ASEGURADORA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA: LUCES Y SOMBRA.

Joaquín Cayón de las Cuevas

*Jefe del Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad (Gobierno de Cantabria).
Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la Universidad de Cantabria.*

I.- LAS POSIBILIDADES PROCESALES DEL PERJUDICADO POR DAÑOS PROVOCADOS POR LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA ASEGURADA. 1.1. Preliminar. 1.2. Acción frente a la Administración. 1.3. Acción frente a la Administración y su aseguradora. **II.- LA ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DIRECTA FRENTE A LA ASEGURADORA DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.** 2.1. Argumentos favorables a su admisibilidad. 2.2. Argumentos contrarios de su admisibilidad. 2.3. Algunas conclusiones: más sombras que luces. **III.- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS CITADAS.**

1. LAS POSIBILIDADES PROCESALES DEL PERJUDICADO POR DAÑOS PROVOCADOS POR LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA ASEGURADA

1.1. Preliminar.

El seguro de responsabilidad civil que puede suscribir el prestador del servicio sanitario persigue otorgar cobertura al riesgo de la obligación de indemnizar en caso de daños producidos al usuario¹. Así las cosas, la Ley 50/1980, de 8 de octubre,

¹ Pese a que se ha discutido el fundamento del aseguramiento de la Administración, deben tenerse en cuenta los importantes beneficios de traducción económica indirecta que representa el contrato de seguro, entre otros, el ahorro de cos-

tes de gestión así como el soporte adicional que constituye la personación de la aseguradora como codemandada y que puede repercutir en un incremento de las posibilidades de éxito judicial. En cualquier caso, no debe olvidarse que a través del seguro el tomador persigue básicamente una finalidad de transferencia del riesgo. Por otra parte, se ha señalado que la forma de gestión de los presupuestos públicos parece haber sido decisiva en orden a optar por soportar el coste de las primas de seguros de responsabilidad civil que, por elevadas que sean, son presupuestariamente previsibles (MONTORO CHINER M.J. Y HILL PRADOS M.C. *Responsabilidad patronal de la Administración y contrato de seguro*, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 29 y 35, HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 25 y 26, ARQUILLO COLET, B., "Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria", *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1,

de Contrato de Seguro -en lo sucesivo LCS- lo define como aquél por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho (artículo 73). Sentadas estas premisas, y dejando ahora al margen los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, conviene examinar la mecánica procesal a través de la que cabe articular las eventuales acciones que pueda ejercitar el paciente perjudicado cuando la Administración autora del daño cuente con el correspondiente seguro de responsabilidad civil. En este sentido, junto a la acción directa frente a la aseguradora que luego será analizada más extensamente, cabe diferenciar otras dos posibilidades procesales: la acción ejercitada exclusivamente frente a la Administración y la acción deducida conjuntamente contra la administración y su aseguradora.

1.2. Acción frente a la Administración.

En el caso de que el perjudicado por la acción u omisión demande exclusivamente a la Administración autora del daño es conocido que, previo agotamiento de la vía administrativa, deberá interponer recurso contencioso-administrativo frente a la resolución que inadmita, desestime expresa o presuntamente su reclamación o se limite a estimarla parcialmente. En tal caso, el servicio de salud deberá siempre emplazar como codemandada a la entidad aseguradora (artículo 49.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –LJCA-)². De no

hacerlo y de no personarse *motu proprio* la entidad de seguros, entendemos que, en caso de condena, ésta deberá igualmente hacer frente al importe de la indemnización dentro de los límites de la póliza. En este caso, cabría discutir si, sin perjuicio de proceder al pago de la indemnización, debiera prosperar una eventual demanda resarcitoria que pudiera ejercitar la aseguradora frente a la Administración por la pérdida de la oportunidad procesal derivada de no practicar el preceptivo emplazamiento. En este sentido, nos inclinamos por la solución negativa porque si bien es cierto que es a la Administración a quien corresponde emplazar a los posibles interesados, no lo es menos que la ausencia o defecto de tal emplazamiento constituye una cuestión sujeta al control y revisión judicial dado que el artículo 49.3 LJCA prescribe que, recibido el expediente, el Secretario judicial, a la vista del resultado de las actuaciones administrativas y del contenido del escrito de interposición y documentos anejos, comprobará que se han efectuado las debidas notificaciones para emplazamiento y, si advirtiere que son incompletas, ordenará a la Administración que se practiquen las necesarias para asegurar la defensa de los interesados que sean identificables. De este modo, la ausencia de emplazamiento de la aseguradora constituye una omisión generadora de un eventual daño que no resulta, al menos exclusivamente, imputable a la Administración demandada sino antes bien al propio funcionamiento de la Administración de Justicia, última responsable de verificar que la relación procesal se encuentra correctamente trabada, razón por la que nos decantamos por excluir la responsabilidad administrativa por la omisión referenciada.

En todo caso, debe tenerse en cuenta el criterio sentado en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 (EDJ 2010/84335) que entendió que no resultaba procedente hacer un pronunciamiento condenatorio contra la aseguradora no demandada pues, aunque exista una acción directa contra el asegurador, si el perjudicado no lo demanda no es posible que el órgano judicial extienda al mencionado asegurador la condena contra el servicio de salud causante del

2004, p.12 y BUSTO LAGO J.R., “Ejercicio de la acción directa frente a la entidad aseguradora de la administración pública”, *Aranzadi Civil*, nº 2, 2005, Westlaw, BIB 2005/1602). En cualquier caso lo cierto es que la práctica totalidad de los servicios autonómicos de salud tienen concertados contratos que cubren su eventual responsabilidad civil, salvo el canario cuyo servicio de salud pasa por ser el único del Sistema Nacional de Salud que carece de seguro de responsabilidad civil, abonando directamente el importe de las indemnizaciones.

² Efectivamente, entendemos que la aseguradora tendrá siempre la condición de interesada en el procedimiento administrativo y podrá intervenir en el eventual proceso contencioso-administrativo ulterior, ya sea como codemandada o como demandante. En el mismo sentido, HUERGO LORA, A. “El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públi-

cas”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2003, pp. 13-14 y ALEGRE AVILA. J.M., “El aseguramiento de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración pública: procedimiento y jurisdicción”, *Derecho y Salud*, Vol.13, nº 1, 2005, p. 14.

daño, so pena de incurrir en incongruencia por exceso.

1.3. Acción frente a la Administración y su aseguradora.

En el supuesto procesal analizado, el perjudicado ejercitaría su acción judicial codemandando tanto a la Administración autora del daño como a su entidad aseguradora. En este caso, históricamente se ha discutido sobre la jurisdicción competente para conocer este tipo de asuntos, oscilando entre su atribución al orden contencioso-administrativo o al civil. Parece inútil negar que la *voluntas legislatoris* fue siempre atribuir tal tipo de pleitos al orden contencioso-administrativo, tal y como se infiere claramente de la redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, tanto del artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) como del artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

A pesar de la aparente claridad de ambos preceptos y como consecuencia de sentencias contradictorias, el asunto llegó a la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo que declaró competente al orden jurisdiccional civil sobre la base de la *vis atractiva* que ejerce el mismo como consecuencia de la presencia de un sujeto privado en la relación procesal. En este sentido, se pronuncian los ya clásicos, pero también superados, Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 4086) y de 21 de octubre de 2002 (JUR 2003, 21553), cuya doctrina sigue también la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10419)³.

³ Al margen de los respetables argumentos esgrimidos en los célebres Autos de la Sala Especial de Conflictos no debemos dejar de cuestionarnos si la doctrina contenida en los mismos no supone un supuesto de creación judicial del Derecho en cuanto que los preceptos legales atributivos de la competencia contencioso-administrativa resultaban meridianamente claros. Frente a otras opiniones, nos adherimos a la contundente crítica de tales resoluciones judiciales efectuada por PECES MORATE J.E. que llega a señalar que “si cuando una Administración tiene asegurada su responsabilidad patrimonial y el perjudicado opta por ejercer conjuntamente la acción frente a aquella y la compañía aseguradora, el conocimiento ha de deferirse a la jurisdicción civil, cabe preguntarse si se respeta la exclusión prevista en los referidos preceptos

La reacción legislativa no se hizo esperar de modo que la cuestión se encuentra hoy zanjada como consecuencia de la reforma del artículo 9.4 LOPJ operada por mencionada la Ley Orgánica 19/2003, que atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa “las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, *junto a la Administración respectiva*”. En el mismo sentido, la vigente redacción del artículo 2.e) LJCA establece que “la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, *no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social*, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”.

No obstante, debe dejarse constancia de una importante errata que manifiesta que las reformas legislativas deben realizarse con mayor esmero. En efecto, la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, ha modificado tanto la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como la Ley Orgánica del Poder Judicial con la finalidad de excluir del conocimiento del orden contencioso-administrativo los recursos frente las normas forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, residenciando su exclusivo enjuiciamiento en el Tribunal Constitucional. Para ello el legislador se vió obligado lógicamente a dar nueva redacción al artículo 9.4 LOPJ si bien cometió un imperdonable olvido: reproduce el primer párrafo del precepto con la exclusión foral comentada pero olvida por completo reproducir el segundo y tercer párrafo del meritado artículo 9.4 que, como consecuencia de esta preterición... ¡ha desaparecido del ordenamiento jurídico vigente! No consta, por otra parte, la existencia de ninguna corrección de errores que permita subsanar esta increíble omisión, por lo que debemos reclamar la necesidad de aprovechar la mínima reforma legislativa que cuente con carácter de ley orgánica para reponer la no intencionada pero paradójica poda del precepto. No obstante, más allá de las reflexiones que sobre la técnica legisla-

con la atribución de su conocimiento a la jurisdicción civil” [“Criterios jurisprudenciales actuales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 1, 2002 (Ejemplar dedicado a “La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, pp. 465-511)].

tiva nos puede suscitar la cuestión, creemos que en todo caso el artículo 2.e) LJCA constituye suficiente dique de contención frente a una eventual interpretación que postule la resurrección de la competencia de la jurisdicción civil en los supuestos de demanda conjunta frente a la Administración y la aseguradora de su responsabilidad civil.

Una última precisión resulta importante: la Sala Primera del Tribunal Supremo se aferra de forma contumaz a la doctrina emanada de los Autos de la Sala de Conflictos de modo que no acepta la incompetencia de jurisdicción cuando los autos traigan causa de un momento en el que no estuviera vigente el artículo 9.4 LOPJ en la redacción dada en 2003. En efecto, la Sala primera sostiene que, una vez determinada la competencia de la jurisdicción civil en el momento de admitir a trámite la demanda, la misma no puede verse alterada por una modificación legislativa posterior por aplicación del principio *perpetuatio jurisdictionis*⁴.

⁴ La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2009 (RJ 2010,701) señala que la interpretación del principio *perpetuatio jurisdictionis* [perpetuación de la jurisdicción], vinculada a la identificación del demandado en la demanda y al emplazamiento de éste, no puede considerarse aceptable. Afirma que “la jurisprudencia tiene declarado que los efectos de la litispendencia, a los que ha de anudarse la perpetuación de la jurisdicción, y a los que ha de estarse a la hora de establecer qué jurisdicción es competente para conocer del litigio [en contra de lo que sostiene la parte recurrente invocando el artículo 411 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)] se producen, con arreglo al artículo 410 LEC, desde la interposición de la demanda si luego es admitida - SSTS de 8 de junio de 2006 (RJ 2006, 3074), 20 de abril de 2007 (RJ 2007, 2432) , 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4973), 21 de mayo de 2008 (RJ 2008, 4149) - y este principio, fundado en razones de seguridad jurídica, no puede resultar alterado por el hecho de que con posterioridad a la interposición de la demanda se llame a otros sujetos al proceso, pues la perpetuación de la jurisdicción, además de los supuestos previstos en el artículo 411 LEC , abarca, por razones análogas a aquellas en las que se funda este artículo (el cual contempla la modificación del objeto del proceso) y al amparo del principio general formulado en el artículo 410 LEC, los supuestos de sucesión e intervención de partes y la llamada al proceso a litisconsortes y se ha mantenido incluso en los casos en que ha existido una importante demora desde el momento de la interposición de la demanda hasta el momento del emplazamiento [STS 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 125)]”. Sobre dicha sentencia, puede verse el comentario de SOTO NIETO, F. “Responsabilidad patrimonial de la Administración pública: existencia de aseguradora, jurisdicción, competencia”, *La Ley*, nº 7490, 2010. pp.1-8.

2. LA ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DIRECTA FRENTE A LA ASEGURADORA DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.

Al margen de los dos vías antes expuestas, el artículo 76 LCS reconoce que el perjudicado o sus herederos tienen acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero⁵. En este sentido, se ha cuestionado si el perjudicado por la conducta de la Administración puede demandar exclusivamente a la aseguradora de la misma al amparo de la acción directa recogida en el precepto señalado.

2.1. Argumentos favorables a su admisibilidad.

Es muy mayoritaria la doctrina que entiende que en este caso resulta competente para conocer de la acción directa el orden jurisdiccional civil, resultando plenamente aplicable a la entidad aseguradora de la Administración Pública. Para ello se han apuntado diferentes argumentos. Así, se defiende que el asegurador no es un sujeto que haya concurrido a la producción del daño, sino que se obliga a pagar a la víctima la indemnización de los

⁵ El precepto añade que “la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”. Debe tenerse en cuenta que el plazo de prescripción de la acción es de un año por aplicación del artículo 1968.2º del Código Civil, computándose el *dies a quo* conforme al artículo 1.969 de dicho cuerpo legal que establece como regla supletoria, cuando no haya disposición especial, que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones se contará desde el día en que pudieron ejercitarse. En este sentido, la STS de 3 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6500) determina que el momento en que la acción puede ejercitarse no comienza a contarse desde la fecha del informe de alta sino que ha de esperarse a conocer el alcance o efecto definitivo de las secuelas. Dicho criterio es también el que luce en sede administrativa puesto que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992 establece que en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

daños y perjuicios producidos por un hecho del que el asegurado es civilmente responsable⁶. También se ha sostenido que el ejercicio de la acción directa del artículo 76 LCS es un derecho propio y autónomo del tercero perjudicado frente al asegurador, de modo que la posición jurídica de aquél no nace del derecho del asegurado, que constituye un derecho distinto que no debe confundirse con aquél⁷. En este sentido, se ha apuntado que la acción directa no surge de la subrogación del perjudicado en los derechos del asegurado sino que nace, de un modo indirecto y por disposición legal, de un contrato de seguro al que en principio es ajeno⁸. De modo análogo, se afirma que “el propósito del artículo 76 LCS (o al menos su resultado) fue el de atribuir al perjudicado un derecho subjetivo específico e independiente del que esa víctima ostenta contra el causante del daño, susceptible por ello de ser ejercitado de manera también independiente (esto es, sin necesidad –otra cosa es la facultad- de acudir a ninguna acumulación entre esa acción y la que su mismo titular ostenta frente al agente)”⁹. También se ha señalado¹⁰ que la acción directa frente al asegurador se encuentra recogida a nivel comunitario en la denominada Quinta Directiva¹¹ cuyo considerando 21 hace mención a que el derecho a interponer demanda directamente contra la empresa de seguros reviste gran importancia para la protección de las víctimas. A modo de argumento de cierre, se ha subrayado que la legislación

de contratos de las Administraciones Públicas autoriza la concertación del contrato de seguro, siendo calificado como contrato privado y residenciándose su conocimiento en la jurisdicción civil¹².

Esta doctrina ha cristalizado jurisprudencialmente. Precisamente bajo el argumento de la competencia de la jurisdicción civil al amparo de su *vis atractiva* en los casos de demanda conjunta de la Administración y su aseguradora, los antes mencionados Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y de 21 de octubre de 2002 admitieron en *obiter dicta* la acción directa frente al asegurador de una institución pública¹³, habiéndose igualmente reconocido también esta posibilidad en la denominada jurisprudencia menor¹⁴. Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 mayo de 2007 (RJ 2007,4973) refuta la argumentación en que se funda la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 29 de marzo de 2000, impugnada en casación, que sostenía que se produciría un fraude de Ley atribuyendo al orden jurisdiccional civil cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración. El Alto Tribunal entiende que tal interpretación tropieza con el texto literal de la ley vigente en el

⁶ GAMERO CASADO, E. “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 103, pp. 357-381; ATIENZA NAVARRO, M.L. “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y la jurisdicción civil”, *Actualidad Civil*, nº 3, 2000, pp. 1017-1037.

⁷ GALÁN CORTES, J.C., *Responsabilidad Civil Médica*, 2ª edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 28, que realiza un metódico y excelente repaso histórico de los avatares de la controvertida cuestión con cita de otros autores que se pronuncian también a favor de la autonomía de la acción, como SÁNCHEZ CALERO, F. *Ley de Contrato de Seguro*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 1208-1264.

⁸ GARNICA MARTÍN, J.F. “La acción directa frente al asegurador en supuestos de responsabilidad de agentes públicos: Jurisdicción competente” *Actualidad Civil*, nº 5, 2000, pp. 1507-1527.

⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. “Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de una Administración Pública: jurisdicción competente”, *La Ley*, nº 4, 2002, pp. 1941-1948.

¹⁰ LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA J., “La acción directa contra la aseguradora de la Administración”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 14, 2005, p. 30.

¹¹ Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005.

¹² SEIJAS QUINTANA, J.A. “Acción directa contra la aseguradora de la administración”, *Jueces para la Democracia*, nº 40, 2001, pp. 48-52, quien llega a afirmar, de forma excesiva, que “no sería de extrañar que en muy poco tiempo ese afán del Derecho Público por abarcar todo termine por atribuir también a la jurisdicción administrativa la solución de los divorcios o separaciones, sobre la base de entender como acto administrativo el matrimonio contraído en los Ayuntamientos”.

¹³ El criterio de estos Autos de la Sala de Conflictos fueron reiterados por el Auto de la Sala de Conflictos de 28 de junio de 2004 (PROV 2005, 135730) y, a *contrario sensu* -por inversión lógica-, de 30 de marzo de 2004 (PROV 2004, 137161) y por la STS (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10931). Con anterioridad, había admitido la acción directa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de junio de 2000 (JUR 2000, 181465), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 6 de julio de 2000 (JUR 2000, 294582), el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 15 de junio de 2001 (JUR 2001, 238018) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 26 de octubre de 2001 (JUR 2001, 332631).

¹⁴ En este sentido, cabe citar el Auto 2/2004 de la Audiencia Provincial de Asturias de 9 de enero de 2004 (AC 2004, 12), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 26 de octubre de 2001 (JUR 2001, 332631), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 14 de enero de 2002 (AC 2002, 177) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de diciembre de 2002 (AC 2003, 1060).

caso de autos, que no incluía a las aseguradoras. Razona la Sala Primera señalando que la sentencia recurrida “se opone a la doctrina que da prevalencia al ejercicio de la acción directa como derecho autónomo, emparentada con el derecho a la tutela judicial efectiva y con la *voluntas legis* de protección de los perjudicados; y desconoce la facultad que tienen los tribunales civiles para resolver prejudicialmente cuestiones pertenecientes al orden administrativo, salvo, a partir de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), cuando las partes de consumo solicitan la suspensión para que resuelva la Administración por el tribunal contencioso-administrativo competente (artículo 42 LEC)”¹⁵.

En relación con el argumento del carácter privado que la legislación de contratos otorga a los pertenecientes a la categoría de los servicios de seguros, la mencionada sentencia entiende que ello supone la admisión implícita de la aplicación a estos contratos de la disciplina propia del ejercicio de la acción directa contra el asegurador que regula el artículo 76 LCS como elemento imperativo en el régimen de seguro privado de responsabilidad civil. Por otra parte señala que “la reforma de la LOPJ llevada a cabo por la Ley Orgánica 9/2003, también posterior a los hechos enjuiciados, reconoce expresamente la competencia del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo «cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, junto a la Administración respectiva». Con ello se ha puesto fin a la competencia del orden civil para el conocimiento de las demandas dirigidas conjuntamente contra la Administración y el asegurador, pero este precepto ha sido interpretado por los AATS (Sala de Conflictos) de 18 de octubre de 2004 (PROV 2005, 231278) y 28 de junio de 2004 (PROV 2005, 135730) (teniendo en cuenta la inclusión del últi-

mo inciso, que no figuraba en algunos textos pre-legislativos) en el sentido de que, según expresión del primero de los citados autos, «la reforma introducida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, en el art. 9.4 LOPJ, -no aplicable al caso por razones de derecho intertemporal-, en el sentido de atribuir al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, se refiere al supuesto de que se reclame contra aquella "junto a la Administración respectiva", lo que excluye el supuesto de haberse demandado únicamente a la Compañía de Seguros»¹⁶.

2.2. Argumentos contrarios a su admisibilidad

Pese al panorama doctrinal y jurisprudencial descrito, no faltan sin embargo autores que niegan la aplicabilidad de la acción directa a la aseguradora de la Administración por entender que el juicio a la actuación de la Administración es una cuestión de orden público y por tanto de derecho necesario¹⁷. Cabe señalar que, en una posición más radical y a todas luces excesiva, la Resolución de la Dirección General de Seguros de 26 de junio de

¹⁶ En el mismo sentido, en favor de la competencia del orden civil, *vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 337) y Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2008 (RJ 2008, 4149), cuya doctrina aplican las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de marzo de 2009 (EDJ 2009, 201909) y de 12 de marzo de 2010 (AC 2010,966). En este sentido, la Sala Primera del Tribunal Supremo viene conociendo pacíficamente la acción directa exclusiva frente a la aseguradora (así, por todas, véase la STS de 11 de febrero de 2011 (EDJ 2011/8438).

¹⁷ SALAS DARROCHA, J.T. “Responsabilidad patrimonial de la Administración y nuevo peregrinaje de jurisdicciones”, *Actualidad Administrativa*, nº 8, 2004, pp. 901-913 quien señala, certeramente a nuestro juicio, que “pese al tenor del art. 76 LCS, que consagra una acción directa a favor del perjudicado contra el asegurador, no existe la posibilidad de accionar en demanda de responsabilidad patrimonial de una Administración Pública sin demandar a ésta, como tampoco existe de transaccionar judicial o extrajudicialmente la cuestión sin intervención de aquélla (...) En otras palabras, entendemos que las aseguradoras no pueden, ni aún mediando un contrato de seguro, disponer de la responsabilidad de la Administración, ni tan siquiera defenderla *per se*, supuestos a los que aboca el reconocimiento de la posibilidad de demandarlas exclusivamente, pues entendemos que el juicio a la Administración es una cuestión de orden público y, por tanto, de derecho necesario (...)”.

¹⁵ La Sentencia ha provocado el cambio de criterio de DE ANGEL YAGÜEZ R. que explica cómo, tras la reforma operada en la LOPJ y en la LJCA por la Ley Orgánica 19/2003, llegó incluso a contemplar la posibilidad del “desplazamiento” al orden contencioso-administrativo de la acción directa del artículo 76 LCS, interpuesta exclusivamente frente a la aseguradora de la Administración. Tras la mencionada resolución judicial el insigne jurista ha vuelto a sus antiguas posiciones a favor de la atribución de la acción directa al orden civil [“El complejo régimen de responsabilidades por asistencia sanitaria”, en ADROHER BIOSCA S. y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN F. (Dir), *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 190 y 191].

1996¹⁸ llegó incluso a sostener la imposibilidad misma de concertar un contrato de seguro privado que cubra la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por un triple argumento: a) no se respetaría el tenor literal del artículo 73 LCS que limita esta modalidad de seguro a la cobertura de la responsabilidad civil, conforme a Derecho y la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, conceptualmente, ni encaja en la institución de la responsabilidad; b) las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado se residencian en vía contencioso-administrativa y en esa sede jurisdiccional no resulta posible que la entidad aseguradora asuma la dirección jurídica de la Administración del Estado; y c) el régimen de acción directa, obviamente en vía civil, no es compatible con el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas contenido en la Ley 30/1992.

En relación con este último argumento, la Audiencia Provincial de Asturias en Sentencia de 16 de mayo de 1997¹⁹ (AC 1997,1173), se declaró incompetente para conocer la acción directa frente a la aseguradora de una entidad local señalando que “la existencia de un contrato de seguro de responsabilidad civil entre una Administración pública y una compañía del sector no puede convertir las normas de *ius cogens* como es el caso de la legislación procedimental y procesal- artículo 3.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa- en meras reglas dispositivas que permitan al particular optar por un orden jurisdiccional u otro”. Más adelante añade que “la presencia del contrato de seguro (...) en nada altera los procedimientos de exigencia de responsabilidad deducida siempre ante la Administración asegurada”. Esta línea fue seguida, entre otras, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 9 de noviembre de 2000 y por el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 30 de julio de 2001.

¹⁸ Puede consultarse en GAMERO CASADO E, ob.cit, pp. 359-361. También en PAVELEK ZAMORA, E. “El aseguramiento de la responsabilidad de la Administración”. *Revista de Derecho de los Seguros Privados*. Vol. 4, nº 3-4, 1997, pp. 17-30.

¹⁹ Posteriormente, como hemos visto, la Audiencia Provincial de Asturias abandonó esta posición, abonándose a la tesis de la admisibilidad de la acción directa.

Mucho más recientemente, desafiando la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 28 abril de 2009 (AC 2010, 410) declara inaplicable la acción directa bajo el argumento de que en el caso enjuiciado, si bien la parte actora en su demanda manifiesta como fundamento de su legitimación el artículo 76 LCS y el ejercicio de la acción prevista en el artículo 73 LCS, “ello lo es a efectos de legitimación procesal, pero señala en el fundamento jurídico tercero de su demanda que las acciones que realmente ejercitan, esto es las que sirven de sustrato para poder afirmar la responsabilidad contractual, con base en el art. 73 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro, son las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual, por responsabilidad derivada de la actuación del Servicio Navarro de Salud, y concretamente de los médicos que lo integran y a que se hace referencia en los hechos de la demanda”. Termina afirmando la sentencia que “en definitiva el ejercicio de la acción directa de la Ley de Contrato de Seguro no evita que la responsabilidad de la aseguradora tenga carácter accesorio, aun cuando procesalmente puede ejercitarse la acción directamente contra ella, y ello a efectos de legitimación procesal tanto activa como pasiva, pero repetimos únicamente es accesorio en lo sustantivo (legitimación *ad causam*) de un previo pronunciamiento de responsabilidad de la Administración, que conforme a la normativa ya señalada de la LOPJ y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, está vedada a la Jurisdicción Civil, conforme a la interpretación que ya hemos expuesto y que reflejan los Autos de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo”. Consecuentemente “el hecho de que en el suplico de la demanda únicamente se pida la declaración de responsabilidad y la condena a indemnizar de la Aseguradora, no es sino un mecanismo por el que la parte intenta obviar el carácter preferente y exclusivo para el conocimiento en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración de la jurisdicción contencioso-administrativa, buscando con ello además, y así lo señala en el propio escrito de demanda, obtener la condena al pago de los intereses del 20 por ciento de la Ley de Contrato de Seguro, pretensión que no tendría acogida, al parecer, en la vía contencioso-administrativa. Dicha finalidad sin embargo no puede legitimar la atribución de competencia a una Jurisdicción que no lo es por disposición de la ley”.

2.3. Algunas conclusiones: más sombras que luces.

Al margen de la existencia de estos pronunciamientos judiciales puntuales, bajo nuestro punto de vista, en el supuesto de entender que el artículo 76 LCS también resulta aplicable cuando el asegurado tiene naturaleza jurídico-pública²⁰, nos encon-

²⁰ Cabe plantearse si, cuando se trate de personificaciones jurídico-privadas pertenecientes al sector público, el perjudicado puede instar la acción directa frente a la aseguradora. En este sentido, la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud permite que en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria pueda llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho (artículo 1.1). En desarrollo de la facultad concedida al Gobierno, la Ley ha sido objeto de desarrollo mediante Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, que permite la gestión del SNS mediante cuatro fórmulas organizativas: dos personificaciones de derecho público (consorcios y fundaciones públicas sanitarias) y dos de derecho privado pero de titularidad pública (fundaciones privadas en mano pública y sociedades mercantiles estatales). Téngase en cuenta que el artículo 36 del Real Decreto 29/2000 establece un seguro obligatorio señalando que “el personal que preste sus servicios en los centros sanitarios regulados en el presente Real Decreto tendrá cubierta la responsabilidad profesional derivada de los daños y perjuicios no intencionados causados a terceros, por acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones asistenciales. A tal fin, el centro sanitario o el Instituto Nacional de la Salud suscribirá la correspondiente póliza de responsabilidad civil que determinará los riesgos incluidos y excluidos”. Podría argüirse en contra de la admisibilidad de la acción directa frente a fundaciones privadas en mano pública y sociedades mercantiles estatales que el artículo 35 del Real Decreto 29/2000 establece que las reclamaciones que formulen los ciudadanos encaminadas al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada a través de estas entidades se regirán por lo dispuesto en la Ley 30/1992 y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, añadiendo que “tales reclamaciones, conforme a lo previsto en el Título X de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se dirigirán por los interesados al Instituto Nacional de la Salud, contra cuya resolución cabe recurso contencioso-administrativo, pudiendo actuar los centros sanitarios, en virtud de su personalidad jurídica, como codemandados. En tal caso, se considerarán parte demandada las personas legitimadas, conforme se establece en el artículo 21.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa”. Entendemos que el precepto constituye un trasunto de lo previsto en la Disposición Adicional 12ª de la Ley 30/1992 para las entidades concertadas, de modo que si éstas se someten a las reglas del procedi-

tramos ante dos situaciones contradictorias. Por una parte, en vía administrativa no cabría reclamar exclusivamente frente a la aseguradora - al impedirlo *sensu contrario* tanto el artículo 145.1 de la Ley 30/1992²¹ como la Disposición Adicional 12ª de dicha norma²² - por lo que ésta formalmente no debiera poder alcanzar acuerdos indemnizatorios sin el refrendo del órgano administrativo competente, mientras que, en sede judicial, se reconocería la opción de ejercitar la acción directamente frente al asegurador con quien quedaría exclusivamente trabada la relación procesal ante la jurisdicción civil²³.

miento administrativo de responsabilidad patrimonial con mayor motivo debiera suceder con las personificaciones jurídico-privadas del sector público. No obstante, debe tenerse en cuenta el carácter meramente reglamentario del precepto, frente al rango legal del artículo 76 LCS y, sobre todo, que nosotros basamos nuestra postura contraria a la admisibilidad de la acción directa frente a la aseguradora de la Administración en el interés público que esta última encarna; en este caso, consideramos prevalente la ausencia de naturaleza jurídico-administrativa de fundaciones y sociedades que no las hace acreedoras del privilegio procesal que supone el fuero contencioso-administrativo. Obviamente, esta argumentación y la propia cuestión aquí planteada resulta ociosa para aquellos que sostengan la posibilidad de demandar directamente a la aseguradora de la Administración: quien puede lo más, también podrá lo menos y consecuentemente podrá accionar frente a las aseguradoras de fundaciones y sociedades mercantiles del sector público.

²¹ El precepto señala que “para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán *directamente* a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”.

²² Establece que “la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, *correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso*”.

²³ *A ello no obsta la reforma, operada por la Ley Orgánica 19/2003, del artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa “las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva”. Es decir, la atribución competencial exige la presencia de la Administración Pública. Sensu contrario, en caso de acción directa sin presencia como demandada de la Administración conocerá del asunto la jurisdicción civil. En contra, ZAPLANA GUERRERO, J., Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria, 4ª edición, Lex Nova, Vallado-*

Desde luego, los sistemas de reclamación, administrativo y judicial, responden a fundamentos distintos por lo que, ante la contradicción, nos adherimos a la postura de quienes entienden inaplicable la acción directa en los supuestos en los que concurra en la posición de asegurado una Administración Pública, por considerar que la modulación propia de las reglas jurídico-públicas en materia de responsabilidad patrimonial no permite extender tal acción en estos supuestos²⁴.

Tampoco creemos que el argumento de la consideración normativa del contrato de seguro celebrado por la Administración como contrato privado, con la consecuente atribución competencial al orden civil, constituya una razón definitiva en favor de la admisibilidad de la acción directa. El artículo 20 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), determina que son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II -entre los que se encuentran los servicios de seguro- para añadir a continuación que los contratos privados se regirán en cuanto a sus efectos y extinción por el Derecho Privado²⁵. A nuestro juicio, esta remisión al Derecho Privado no resulta título suficiente para habilitar la aplicación del artículo 76 LCS dado que entendemos que lo es en cuanto a las relaciones jurídicas entre las partes contratantes y no entre uno de los contratistas y un tercero. En todo caso, esta interpretación se vería abonada por la necesaria conexión de este precepto con el

lid, 2004, p. 302, quien consideró que la reforma de la LOPJ operada por la Ley Orgánica 19/2003 reunificaba en única jurisdicción, la contencioso-administrativa, la competencia para conocer cualquier tipo de reclamación, también frente a la compañía aseguradora.

²⁴ CAYÓN DE LAS CUEVAS J. “Resolución extrajudicial de conflictos sanitarios: manifestaciones jurídico-positivas y posibilidades de futuro” en GARCIA VILLALUENGA L., TOMILLO URBINA J. y VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Dir.), *Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos en el siglo XXI, (Tomo II, Arbitraje y Resolución extrajudicial de conflictos)*, Editorial Reus, Madrid, 2010, p.318.

²⁵ En virtud de la doctrina de los actos separables, los contratos privados se rigen en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se rigen por el Derecho Privado.

artículo 21.2 LCSP conforme al cual “el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan *entre las partes* en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados”. Consecuentemente, la competencia de la jurisdicción civil únicamente versa sobre las controversias entre la parte aseguradora y la parte asegurada (artículo 21.2) que serán resueltas con arreglo al Derecho Privado (artículo 20.2). Vistas así las cosas, el precepto atributivo de competencia jurisdiccional civil únicamente se refiere a las partes de la relación contractual, lo que excluye al perjudicado, quien como es obvio no forma parte del negocio jurídico.

El argumento antes expuesto sobre una supuesta tendencia en el Derecho Comunitario a reconocer la acción directa en la denominada Quinta Directiva (Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005) se ve notablemente rebajado si se repara en que ésta - que modifica las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE y 90/232/CEE del Consejo y la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo- viene referida a un ámbito muy concreto en el que no interviene la Administración como aseguradora: el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles²⁶.

No puede finalmente olvidarse, para tener por tácitamente derogada la posibilidad de demandar directamente a la aseguradora de la Administración, que el artículo 21.1.c) LJCA, en la redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, considera parte demandada a “las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codeemandada junto con la Administración a quien aseguren”.

Se ha señalado que, si bien suele resultar infrecuente el ejercicio exclusivo de la acción directa frente a la compañía aseguradora, debe postularse una regulación clara a favor del reconocimiento de la misma ante las ventajas que proporciona al perjudicado: esto es, la posibilidad de solicitar los intereses del artículo 20 LCS y de obtener las in-

²⁶ *La versión codificada de la Quinta Directiva y de las cuatro anteriores modificadas se encuentra contenida en la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad.*

demnizaciones con más rapidez, evitando así que el perjudicado deba acudir al causante del daño y seguir un procedimiento administrativo previo. En este sentido, se critica que las especialidades de la Administración conviertan el sistema más gravoso para la víctima del funcionamiento de un servicio público que para el resto de las víctimas²⁷. Frente a dicha postura, cuyo fundamento último no es sino la pura negación de la razón de ser del régimen administrativo, debemos insistir en que la presencia como parte asegurada de la Administración – que, recordémoslo, encarna el interés público- justifica dicha diferencia frente a los particulares. Por la misma razón, entendemos también difícilmente trasladable al ámbito administrativo el artículo 73 LCS en cuya virtud, el asegurador asume la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, si bien en este caso la regla tiene carácter dispositivo, por lo que entendemos que cabría su inaplicación mediante su expresa exclusión en la póliza del contrato.

Cabe finalizar subrayando que, sea cual fuere la postura que se adopte y con independencia del criterio jurisprudencial, constituye a nuestro juicio una acuciante necesidad promover la oportuna reforma normativa que clarifique la posición procesal de la Administración Pública en relación con el contrato de seguro de responsabilidad civil, decantándonos por excepcionar para ésta determinadas características que no se compatibilizan con su configuración constitucional como servidora de los intereses generales *ex* artículo 103 de nuestra Carta Magna. La experiencia ha demostrado que la reforma de las leyes procesales resulta insuficiente para tapar todas las vías de escape del monopolio del contencioso-administrativo: si ésta es de verdad la *voluntas legislatoris*, actúese sobre la legislación sustantiva y modifíquese el artículo 76 LCS para excluir de su aplicación a la aseguradora de la Administración Pública.

²⁷ ARQUILLO COLET, B., *ob.cit.*, pp. 23-24. GÓMEZ LIGÜERRE C., “Sobre la posibilidad de que la víctima ejercite la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración Pública”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2001, p.5, quien también se queja de que las especialidades de la Administración privilegian a las compañías que aseguran los riesgos generados por la Administración frente al resto de compañías aseguradoras.

3. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS CITADAS

- ALEGRE AVILA, J.M. “El aseguramiento de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración pública: procedimiento y jurisdicción”, *Derecho y Salud*, Vol.13, nº 1, 2005, pp. 1-8.
- ARQUILLO COLET, B., “Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2004, pp. 1-30.
- ATIENZA NAVARRO, M.L. “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y la jurisdicción civil”, *Actualidad Civil*, nº 3, 2000, pp. 1017-1037.
- BUSTO LAGO J.R., “Ejercicio de la acción directa frente a la entidad aseguradora de la administración pública”, *Aranzadi Civil*, nº 2, 2005, Westlaw, BIB 2005/1602.
- CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. “Resolución extrajudicial de conflictos sanitarios: manifestaciones jurídico-positivas y posibilidades de futuro” en GARCIA VILLALUENGA L., TOMILLO URBINA J. y VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Dir.), *Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos en el siglo XXI, (Tomo II, Arbitraje y Resolución extrajudicial de conflictos)*, Editorial Reus, Madrid, 2010. pp. 293-329.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. “Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de una Administración Pública: jurisdicción competente”, *La Ley*, nº 4, 2002, pp. 1941-1948.
- DE ANGEL YAGÜEZ R, “El complejo régimen de responsabilidades por asistencia sanitaria”, en S. ADROHER BIOSCA S. y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN F. (Dir.), *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 185-211.
- GALAN CORTES J.C. *Responsabilidad civil médica*, 2ª edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.
- GAMERO CASADO, E. “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 103, pp. 357-381
- GARNICA MARTÍN, J.F. “La acción directa frente al asegurador en supuestos de responsabilidad de agentes públicos: Jurisdicción competente” *Actualidad Civil*, nº 5, 2000, pp. 1507-1527.
- GOMEZ LIGÜERRE, C. “Sobre la posibilidad de que la víctima ejercite la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración pública”,

Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº. 3, 2001, pp.1-5.

- HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

- HUERGO LORA, A. “El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2003, pp. 1-17.

- LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA J., “La acción directa contra la aseguradora de la Administración”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 14, 2005, pp. 26-30.

- MONTORO CHINER M.J. Y HILL PRADOS M.C. *Responsabilidad patronal de la Administración y contrato de seguro*, Atelier, Barcelona, 2002.

- PAVELEK ZAMORA, E. “El aseguramiento de la responsabilidad de la Administración”. *Revista de Derecho de los Seguros Privados*. Vol. 4, nº 3-4, 1997, pp. 17-30

- PECES MORATE J.E. “Criterios jurisprudenciales actuales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 1, 2002 (Ejemplar dedicado a “La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria) pp. 465-511.

- SALAS DARROCHA, J.T. “Responsabilidad patrimonial de la Administración y nuevo peregrinaje de jurisdicciones”, *Actualidad Administrativa*, nº 8, 2004, pp. 901-913

- SÁNCHEZ CALERO, F. *Ley de Contrato de Seguro*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

- SEIJAS QUINTANA, J.A. “Acción directa contra la aseguradora de la administración”, *Jueces para la Democracia*, nº 40, 2001, pp. 48-52.

- SOTO NIETO, F. “Responsabilidad patrimonial de la Administración pública: existencia de aseguradora, jurisdicción, competencia”, *La Ley*, nº 7490, 2010. pp.1-8.

EL ACCESO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA AL HISTORIAL CLÍNICO INCORPORADO AL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Federico de Montalvo Jääskeläinen

Profesor de Derecho constitucional, Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

Consejero y fundador de Asjusa-Letramed

I. Introducción. **II.** Límites al derecho a la intimidad y a la protección de datos: consentimiento del titular y previsión legal. **III.** La compañía aseguradora como parte interesada en el procedimiento administrativo. **IV.** El régimen jurídico del contrato del seguro y acceso por el asegurador a los datos del siniestro. **V.** La posición de la Agencia Española de Protección de Datos. **VI.** Conclusión. Bibliografía.

Palabras clave:

Contrato de seguro y Administración Pública, parte interesada en el procedimiento administrativo, acceso historial clínico, responsabilidad patrimonial, derecho a la protección de datos, derecho a la intimidad.

I. INTRODUCCIÓN

Pese a que la Dirección General de Seguros mostró ya hace años su reticencia al fenómeno del aseguramiento de la responsabilidad patrimonial¹,

¹ Véase Resolución de la Dirección General de Seguros de 26 de junio de 1996. Los argumentos en los que se fundamenta la precitada Resolución para mostrarse contraria al aseguramiento de la responsabilidad patrimonial son, sucintamente, los siguientes: a) No se respeta el tenor literal del artículo 73

de la Ley de Contrato de Seguro que limita esta modalidad de seguro a la cobertura de la responsabilidad civil, conforme a Derecho, y la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, conceptualmente, no encaja en la institución de la responsabilidad civil; b) las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado se resinden en vía contencioso-administrativa y en esa sede jurisdiccional no resulta posible que la entidad aseguradora asuma la dirección jurídica de la Administración del Estado; y c) el régimen de la acción directa, obviamente en vía civil, no es

la suscripción de contratos de seguro de responsabilidad civil por las Administraciones Públicas es un hecho ya generalizado, sobre todo, en el ámbito autonómico y local².

Este fenómeno que, con frecuencia, constituye un verdadero instrumento al servicio de la *huida del Derecho público*³, plantea nuevos problemas

compatible con el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas contenido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Además, la Dirección General consideró que “*El principio de responsabilidad patrimonial aparece reconocido como una garantía que tienen reconocida los administrados frente a determinadas actuaciones de la Administración ... Esta garantía, reconocida constitucionalmente podría ser cercenada si se admite la cobertura de la misma a través de un contrato de seguro*”. Finalmente, para la Dirección General era difícil hacer compatibles el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración y los procesos de seguro.

² Téngase en cuenta, además, que no todos los seguros que suscriben las Administraciones Públicas son seguros voluntarios, ya que también hay ámbitos de su actividad habitual en los que se exige un seguro obligatorio. Entre dichas actividades destacaría todas aquellas en las que se emplean vehículos a motor o las relacionadas con los festejos que incluyan espectáculos taurinos (vid., a este respecto, Ley 10/1991, de 4 de abril, de potestades administrativas en la celebración de espectáculos taurinos, su Reglamento aprobado por Real Decreto 145/1996, y la Orden del Ministerio del Interior de 10 de mayo de 1982, por la que se regulan los espectáculos taurinos tradicionales). Por lo que al ámbito sanitario se refiere, el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, de nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, incorpora en su artículo 36 una previsión de seguro obligatorio: “*El personal que preste sus servicios en los centros sanitarios regulados en el presente Real Decreto tendrá cubierta la responsabilidad profesional derivada de los daños y perjuicios no intencionados causados a terceros por acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones asistenciales. A tal fin, el centro sanitario o el Instituto Nacional de la Salud suscribirá la correspondiente póliza de responsabilidad civil que determinará los riesgos incluidos y excluidos*”.

³ En definitiva, el contrato de seguro de responsabilidad civil es simplemente una técnica para gestionar el riesgo, -y, como tal, establece el proceso para identificarlo y evaluarlo- que permite a un sujeto sustituir un coste incierto y elevado (la posibilidad de tener que pagar una cuantiosa indemnización de daños) por un coste cierto y que se puede prever presupuestariamente (la prima). Vid. SALVADOR CODERCH, P., “*Revisión a ‘Derecho de daños’, de Luis Díez-Picazo*”, *Indret*, núm. 1, año 2000, Barcelona, 2000. Puede accederse a dicho trabajo a través de la página web <http://www.indret.com>. Como señala Huergo Lora, el contrato de seguro de la responsabilidad patrimonial es, en definitiva, un contrato de servicios financieros. HUERGO LORA, A., *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 73. La forma de gestión de los presupuestos

jurídicos tanto materiales como puramente procedimentales y procesales. Entre estos últimos destaca el que viene referido a la participación de la compañía aseguradora en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial. ¿Cuál es el papel de la aseguradora en dicho procedimiento? ¿Hasta donde alcanza su posición frente a la reclamación? ¿Qué valor tienen las decisiones adoptadas en las denominadas Comisiones de Seguimiento del Seguro? ¿Qué efectos tiene la declaración unilateral de responsabilidad de la Administración respecto de su aseguradora, al amparo de la Ley de Contrato de Seguro?

Además, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria la posición de la aseguradora en el correspondiente procedimiento plantea un dilema desde la perspectiva del derecho fundamental a la intimidad y a la protección de los datos de carácter personal, dado que dicha participación parece que conlleva, como es habitual, su acceso al expediente administrativo. El problema radica en que dicho expediente, al tratarse de reclamaciones derivadas de la asistencia sanitaria, incorporará el historial clínico del perjudicado que venga referido al proceso clínico objeto de enjuiciamiento. A estos efectos, debemos recordar que, conforme dispone el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 15 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, Ley de protección de datos), los datos sanitarios son datos especialmente protegidos, y ello provoca que el acceso por parte de terceros debe fundamentarse, bien en el consentimiento del propio paciente, bien en una norma legal que lo habilite.

¿Concurre alguna de estas dos excepciones en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria? ¿La presentación de una reclamación por parte del paciente debe entenderse como un consentimiento tácito al acceso por la aseguradora a sus datos clínicos incorporados al

públicos resulta decisiva para que se opte por soportar costes de primas de seguro que, por muy elevadas que sean, resultan presupuestariamente previsibles, y no por asumir el riesgo de las indemnizaciones. La gestión presupuestaria es, en definitiva, la razón más importante que justifica la contratación de un seguro de responsabilidad civil por las Administraciones Públicas. Vid. ARQUILLO COLET, B., *Los problemas del aseguramiento de la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas y sus soluciones jurídicas*, tesis doctoral, Barcelona, 2006, p. 96.

expediente? ¿La mera mención al deber de confidencialidad que se recoge en los contratos de seguro de responsabilidad civil de la Administración es suficiente a tales efectos?

II. LÍMITES AL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS: CONSENTIMIENTO DEL TITULAR Y PREVISIÓN LEGAL.

Para analizar la cuestión que nos ocupa es preciso recordar, en primer lugar, que el derecho a la intimidad y a la protección de datos de los pacientes en los que se fundamentaría la presunta negativa a que la aseguradora accediera a la documentación clínica incorporada al expediente administrativo de responsabilidad patrimonial no constituye un derecho absoluto, sino que puede ceder cuando entre en conflicto o colisión con otros derechos fundamentales o intereses generales y cuando el acceso venga amparado por una norma con rango de ley. Además, se trata de un derecho de naturaleza renunciable, de manera que toda conducta del sujeto que permita acreditar que se ha cedido el espacio que protege la intimidad puede transformar en legítimo el acceso⁴.

En relación a ello es por lo que el artículo 7 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 (en adelante, Ley de autonomía del paciente), dispone, literalmente, que *“Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley”*.

Así pues, el derecho a la intimidad cedería en aquellos casos en los que exista norma legal que permita el acceso a los datos clínicos del paciente por parte de terceros en garantía de otros derechos o intereses legítimos.

Igualmente, y en similares términos, el ya mencionado artículo 7.3 de la Ley de protección de datos, establece, literalmente, que *“Los datos de carácter personal que hagan referencia ... a la salud sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo dis-*

ponga una ley o el afectado consienta expresamente”. Así pues, la Ley de protección de datos también permitiría el acceso sin concurrir el consentimiento del interesado cuando lo permita una Ley.

Pues bien, como vamos a exponer a continuación, existen diferentes normas legales que permiten dicha cesión y acceso por parte de la aseguradora de la responsabilidad civil y patrimonial de la Administración Pública.

III. LA COMPAÑÍA ASEGURADORA COMO PARTE INTERESADA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común viene a establecer que la compañía aseguradora ostenta un interés legítimo en el procedimiento administrativo. Tal condición ha sido, además reconocida por los propios Tribunales de Justicia.

A tales efectos, puede verse el artículo 31.1 de la precitada Ley en el que se dispone que tienen la condición de interesados en el procedimiento administrativo (léase, en el caso que nos ocupa procedimiento de responsabilidad patrimonial) *“los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte”*. El mismo artículo añade que también tendrán la condición de interesados *“aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”*.

Pues bien, resulta evidente que la aseguradora de la Administración Pública Sanitaria ostenta dicha condición de interesado en la medida que sus intereses pueden verse afectados por la resolución que recaiga en el procedimiento administrativo.

Pero es que, además, el artículo 21.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa dispone que se considera parte demanda en los procesos contencioso-administrativos a *“c) Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”*.

Así pues, si la compañía ostenta la condición de parte interesada tanto en el procedimiento ad-

⁴ Véase, en especial, la STC 159/2009.

ministrativo de responsabilidad patrimonial como en el proceso contencioso-administrativo, resulta evidente que, en cuanto parte interesada podrá desplegar la defensa de sus intereses y, en tal sentido, acceder a la documentación que integra el expediente administrativo, incluso cuando el mismo incorpora documentos clínicos del paciente. En su defecto, si la aseguradora no pudiera acceder a dicho expediente administrativo difícilmente la ley podría mantener que es parte interesada o, en todo caso, demandada.

Por lo tanto, la aseguradora, al habersele reconocido interés legítimo en el procedimiento administrativo derivado de la responsabilidad patrimonial, debe tener acceso legítimo al historial clínico que aparezca incorporado al expediente administrativo. Además, debe recordarse que dicha condición de interés legítimo y las posibilidades de actuar en el procedimiento administrativo enlazan directamente con el derecho fundamental a no sufrir indefensión que, como tienen declarado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, no sólo es un derecho fundamental operable en vía judicial, sino también en vía administrativa. Así pues, el acceso al historial clínico incorporado al expediente administrativo deriva de la garantía de otro derecho fundamental, el derecho a no sufrir indefensión que se consagra en el artículo 24 de la Constitución.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 252/2000 dispone, literalmente, que *“Partiendo de la noción general de legitimación procesal como una específica relación entre el actor y el contenido de la petición que se ejercita, el interés legítimo en lo contencioso-administrativo ha sido caracterizado como “una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados) de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto” (STC 65/1994, de 28 de febrero, FJ 3, y también SSTC 105/1995, de 3 de julio, FJ 2, y 122/1998, de 15 de junio, FJ 4, así como ATC 327/1997, de 1 de octubre, FJ 1), debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Más sencillamente, se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la preten-*

sión y que se materializaría de prosperar ésta, vale decir, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (véanse a este respecto las STC 60/1982, de 11 de octubre, hasta la STC 143/1994, de 9 de mayo, pasando por la STC 195/1992, de 16 de noviembre). Luego, para que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, siendo por ello inconstitucionales las decisiones jurisdiccionales de inadmisión de recursos en las que se pueda cabalmente apreciar tal interés”⁵.

Por otro lado, el artículo 35 de la misma Ley 30/1992 dispone que *“Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos: a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos”*.

El régimen general contenido en la Ley 30/1992 sobre la condición de interesado parece, de este modo, habilitar a la aseguradora a actuar en el procedimiento, pudiendo, además, acceder a la documentación contenida en el expediente administrativo, lo que incluye el historial clínico. Sin embargo, el artículo 37 de la misma Ley establece una excepción al régimen general en relación al acceso a los datos sanitarios: *“6. Se regirán por sus disposiciones específicas: ... b) El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes”*.

En definitiva, todo lo anterior nos permite concluir que, si bien la Ley 30/1992 consagra con carácter general el derecho de acceso de los interesados al expediente administrativo, a continuación, en consonancia con lo dispuesto por la Ley de protección de datos, establece un régimen específico para el acceso a datos sanitarios. Así, a la vista de

⁵ En similares términos se ha expresado la jurisprudencia menor. Así, pueden verse las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 15 de octubre y 30 de diciembre de 2004, en la que se declara que *“titular de un interés legítimo, que es más amplio que el interés personal y directo, en cuanto la resolución administrativa ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, en la esfera jurídica de quien se persona, de manera efectiva, no de forma hipotética”*.

la regulación comentada, la compañía aseguradora ostentaría la condición de parte interesada y, en consecuencia, con legitimación suficiente para acceder al expediente incorporado al procedimiento de responsabilidad patrimonial, aunque cuando dicho expediente incorpore datos de salud de pacientes, el acceso se regirá por un régimen específico. Ello nos remite, en definitiva, una vez más al régimen contenido en la Ley de autonomía del paciente y en la Ley de protección de datos que exigen, como ya hemos visto, bien el consentimiento del paciente, bien norma legal que habilite a tal acceso. La condición de parte interesada no será suficiente para afirmar que la aseguradora de la Administración Pública puede acceder al expediente administrativo íntegro, cuando éste contenga datos de pacientes.

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DEL SEGURO Y ACCESO POR EL ASEGURADOR A LOS DATOS DEL SINIESTRO

El contrato de seguro de responsabilidad civil y patrimonial suscrito por la Administración Pública constituye un contrato de naturaleza jurídico-privada y, en consecuencia, sujeto al Derecho privado en sus elementos principales. Así resulta de lo dispuesto por el artículo 20.1 párrafo segundo en relación con el Anexo II de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

Pues bien, dada su naturaleza jurídico-privada por disposición legal resulta de aplicación al mismo el ordenamiento jurídico privado relativo al contrato de seguro, es decir, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, Ley de Contrato de Seguro), salvo, obviamente, a lo que se refiere a su preparación y adjudicación (vid. art. 20.2).

Dicha Ley de Contrato de seguro dispone en su artículo 16, literalmente, que “*El tomador del seguro o el asegurado deberá, además, dar al asegurador toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro*”. El mismo artículo señala que el incumplimiento de dicho deber de información puede, incluso, generar la pérdida del derecho a la indemnización.

Por lo tanto, difícilmente puede mantenerse que el asegurador de la Administración Pública no tiene acceso a la documentación o historial clínico

incorporado al expediente administrativo de responsabilidad patrimonial, cuando el propio asegurado (Administración Pública) tiene el deber legal de facilitar al asegurador toda la información sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro.

Igualmente, el artículo 18 de la misma Ley señala que “*El asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo. En cualquier supuesto, el asegurador deberá efectuar, dentro de los cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas*”.

Si el asegurador no puede acceder a la documentación clínica del reclamante o paciente relacionada con el siniestro, difícilmente puede cumplir con la obligación de indemnización que le impone la Ley de Contrato de Seguro.

Por otro lado, y siguiendo con la misma argumentación, tanto el artículo 74 como el 76 de la misma Ley de Contrato de Seguro permiten afirmar también que el asegurador debe tener acceso al historial clínico. En caso contrario, ni sería posible articular la defensa por el asegurador que establece el mencionado artículo 74 ni la acción directa que dispone el artículo 76. Cómo puede admitirse el ejercicio de la acción directa contra el asegurador, si el mismo no tiene acceso a la documentación íntegra del siniestro, entre la que puede encontrarse la documentación clínica. Mantener que no cabe dicho acceso supone una infracción evidente del derecho a la defensa del asegurador frente a dicha acción directa.

Además, en el mismo sentido informa el artículo 16 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados (en adelante, Ley de ordenación y supervisión). En dicho precepto se dispone que las compañías aseguradoras tienen la obligación de constituir y mantener en todo momento provisiones técnicas suficientes para el conjunto de sus actividades. Señala dicho artículo, además, que dichas provisiones técnicas deberán estar adecuadamente calculadas. El incumplimiento de dicha obligación puede determinar la imposición

de sanciones (calificadas como muy graves) y medidas especiales de control por la Dirección General de Seguros, según establece el artículo 39 del mismo Real Decreto Legislativo. Entre las medidas especiales de control destaca la prohibición de suscribir nuevos seguros, prohibir la prórroga de los contratos ya suscritos o, incluso, la intervención de la propia aseguradora y sustitución de sus órganos de administración.

Tal obligación de constituir y mantener provisiones técnicas (también denominadas reservas) se ve gravemente afectada si la aseguradora no puede acceder al historial clínico incorporado al expediente administrativo, ya que para que dichas provisiones sean calculadas adecuadamente, conforme exige explícitamente la norma, deben conocerse todos los elementos que permiten valorar la trascendencia del siniestro y las repercusiones económicas que puede tener el mismo, lo que únicamente puede hacerse, en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, con el acceso a la prueba principal que es la historia clínica.

En definitiva, impedir el acceso de la aseguradora de responsabilidad civil al historial clínico supone no sólo incumplir uno de los deberes que recae sobre el tomador y asegurado (deber de información sobre las circunstancias del siniestro), sino colocar a la aseguradora en la posición de incumplir gravemente una de las obligaciones primordiales que les impone la normativa de seguros para el desarrollo de su actividad como es la de constituir y mantener provisiones técnicas calculadas adecuadamente, es decir, calculadas conociendo todas las circunstancias del siniestro.

V. LA POSICIÓN DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

La posición que acabamos de desarrollar y, en virtud de la cual, la aseguradora estaría legitimada para acceder al historial clínico del paciente incorporado al expediente administrativo al amparo de las normas reguladoras del contrato y del negocio del seguro es, precisamente, la que ha mantenido la propia Agencia de Protección de Datos. A tales efectos, puede verse la Resolución 397/2003 del Director de la Agencia de Protección de Datos de 11 de agosto de 2003, en la que se aborda una cuestión idéntica a la que viene referido este traba-

jo: el acceso de una compañía aseguradora al historial clínico del paciente en un siniestro.

La Agencia Española de Protección de Datos señala que para que la aseguradora pueda cumplir con las obligaciones que le impone tanto la Ley de Contrato de Seguro (satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones) como la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados (constituir y mantener provisiones técnicas suficientes) se exige que deba poder acceder a la documentación clínica relativa al proceso asistencial al que viene referida la reclamación. Manifiesta la Agencia, literalmente, que entre los documentos a los que debe poder acceder la aseguradora “*se encuentran aquellos en los que se base la entidad para el cálculo de la cuantía de las indemnizaciones, como pueden ser los informes médicos cuando el siniestro de lugar a daños personales*”. Añade, además, que “*es por tanto necesario para la Inspección de Seguros tener acceso a los datos del tercer perjudicado para poder dar cumplimiento a las obligaciones de supervisión que tiene asignadas y garantizar que la empresa tiene la solvencia necesaria para afrontar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por contrato de seguro*”.

Finalmente, la citada Resolución concluye señalando, literalmente, que “*de todo lo expuesto se concluye que, tanto desde la perspectiva de las obligaciones del asegurador contenidas en la Ley 50/1980, como desde las derivadas de la Ley 30/1995, las entidades aseguradoras deben recabar y conservar, en su caso, información relativa a la salud de los terceros que deban ser indemnizados como consecuencia de un seguro de responsabilidad civil. De ahí que debe entenderse que concurren las excepciones al tratamiento de tales datos sin consentimiento del afectado previstas en los artículos 6.1, 7.3 y 11.2 a) de la LOPD*”.

VI. CONCLUSIÓN

En definitiva, consideramos que, si bien las normas reguladoras del procedimiento administrativo no parece que permitan mantener que la aseguradora, en virtud de su condición de parte interesada para intervenir en el procedimiento, se encuentre habilitada para acceder al historial clínico del paciente, dados los términos en los que se

expresa el art. 37 de la Ley 30/1992, que viene a exigir una habilitación normativa expresa para ello, existen, conforme mantiene la propia Agencia Española de Protección de Datos, otras normas con rango de ley que sí legitiman a la aseguradora de la Administración Pública Sanitaria para tal acceso. Tales normas vendrían integradas por las normas que regulan el contrato y el negocio de seguro (véase, Ley de Contrato de Seguro y Ley de ordenación y supervisión). De este modo, impedir el acceso de la aseguradora de responsabilidad civil al historial clínico supone no sólo incumplir uno de los deberes que recae sobre el tomador y asegurado (deber de información sobre las circunstancias del siniestro), sino que provoca inexorablemente que la aseguradora no pueda cumplir con la obligación que le impone la Ley de constituir y mantener provisiones técnicas calculadas adecuadamente, es decir, calculadas conociendo todas las circunstancias del siniestro.

BIBLIOGRAFÍA

ARQUILLO COLET, B., *Los problemas del aseguramiento de la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas y sus soluciones jurídicas*, tesis doctoral, Barcelona, 2006.

GRACIETA ROYO, L. P. y IBARRA GARCÍA, N., “La confidencialidad de la historia clínica: una aportación desde la perspectiva del contrato de seguro”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3, año 2000.

GAMERO CASADO, E., “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 103, julio-septiembre 1999.

HUERGO LORA, A., *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C., *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Atelier, Barcelona, 2002.

La protección jurídica del paciente como consumidor. TOMILLO URBINA J., y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (Directores): Cizur Menor, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2010, 372 páginas.

Recensión por Vicente GOZALO LÓPEZ

Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil. Universidad de Cantabria.

1.- Jorge Tomillo Urbina, Catedrático de Derecho Mercantil, Director de la Cátedra Euroamericana de Protección Jurídica de los Consumidores y Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Cantabria, y Joaquín Cayón de las Cuevas, Jefe del Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad de Cantabria y Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la Universidad de Cantabria, han tenido la gran iniciativa y el magnífico resultado de publicar este volumen en el que se recoge una selección de las intervenciones realizadas durante las dos primeras ediciones del *Encuentro Interautonómico sobre Protección Jurídica del Paciente como Consumidor*, celebradas en el ámbito académico de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo.

El primero de los referidos encuentros tuvo lugar en la sede universitaria de Cuenca, los días 14 a 18 de julio de 2008, y contó con la participación inicial de las Comunidades Autónomas de Cantabria y de Castilla-La Mancha. Estos encuentros – más que auténticos congresos cabría decir pues no en vano tienen una dirección de cinco intensos días- continuaron con la celebración de una segunda edición, esta vez en la sede universitaria de la UIMP en Santander durante el verano de 2009; una edición, además, caracterizada, por la ampliación del número de Administraciones participantes, pues a los socios iniciales (Cantabria y Castilla-La Mancha) se adhirieron otras cuatro comunidades autónomas: Castilla y León, Canarias, Galicia y el País Vasco. También en 2010 se ha celebrado una tercera edición con la incorporación de las Comu-

nidades de Cataluña y Asturias, estando prevista en el momento de escribir estas líneas la celebración del IV Encuentro, circunstancia que da idea de la solidez y consolidación de la iniciativa.

Así las cosas, y desde un punto de vista general inicial, puede afirmarse que esta obra constituye una recapitulación de trabajos a través de los cuales se ofrecen al lector diferentes visiones de la posición del paciente y de su concreta configuración como consumidor, en el marco del Sistema Nacional de Salud. Es importante, además, destacar que la obra constituye una significativa aportación en una materia como es la sanitaria, con escasa tradición de estudios jurídicos integrales. Por esta razón, compartimos la opinión del Profesor Tomillo y del Profesor Cayón cuando señalan en el prólogo a la obra que el presente trabajo ha de reputarse como una importante herramienta de cooperación en materia formativa, habilitando un pujante foro de intercambio de conocimientos, buenas prácticas y reflexiones de profesionales de muy diversa procedencia y conocimientos que, sin lugar a dudas, deberán redundar una mejora de la prestación de los servicios sanitarios.

Y es precisamente en este marco de formación e información en materia sanitaria en el que deben referenciarse y afirmarse las muchas virtudes que presenta el texto que se comenta. Se trata, en primer lugar, de una obra con un enfoque claramente divulgativo y didáctico, que recuerda a las tradicionales, pero no por ello menos valiosas, “*Actas de congreso*”; elaborado con la finalidad de recoger el contenido de las diferentes intervenciones y

ponencias dictadas en dos encuentros científicos. En este sentido, es claro afirmar que la obra no pretende cerrar problemas jurídicos, sino abrirlos y replantearlos, dando pie al debate.

Aun cuando la perspectiva es claramente jurídica, lo que se explica por la importante formación jurídica y amplia trayectoria en el mundo universitario y de la administración pública tanto de sus directores como de los demás autores participantes, la obra se aparta con acierto de las características propias de los estudios jurídicos convencionales, en el sentido de que no se basa en el análisis de categorías jurídico-dogmáticas vinculadas con el ámbito del Derecho Sanitario, sino en problemas y retos reales derivados fundamentalmente del cambio de paradigma de la relación médico-paciente, tradicionalmente vinculada con el principio de beneficencia, pero que ha de ser entendida y construida en la actualidad tomando como referencia la consideración del paciente como usuario de servicios y consumidor de productos sanitarios.

Por todas estas razones, ha de agradecerse que nos encontremos ante una obra rigurosa desde su perspectiva jurídico-expositiva, de carácter eminentemente práctico o formativo –ergo, divulgativo- y por tanto con un importante grado de dinamismo, que se traduce en la utilización de un lenguaje directo, pero no por ello ajeno al necesario rigor y complejidad conceptual del mundo jurídico. Ello hace que a la presente obra pueda atribuírsele una utilidad y trascendencia práctica indudable, en el buen entendimiento de que “práctica” y “construcción teórica” son conceptos que van indisolublemente unidos como dos caras de una misma moneda.

2.- No es nueva la afirmación de que la protección del paciente ha constituido tradicionalmente una prioridad de las políticas de salud a nivel mundial, tal y como demuestra la iniciativa de la Organización Mundial de la Salud relativa a la Alianza Mundial para la Seguridad de los Pacientes, puesta en marcha en Washington DC en el mes de octubre de 2004, y cuyo objetivo no es otro que facilitar el desarrollo de soluciones en la seguridad del paciente para todos los Estados Miembros de la citada Organización Mundial de la Salud.

Se trata de políticas internacionales que también encuentran un claro reflejo en el ámbito normativo interno, en el que el derecho a la salud

integra un imperativo básico cuya exigibilidad viene garantizada por la propia Constitución Española, en cuyo artículo 43 se asienta toda la legislación sanitaria actual, y que para su correcta interpretación en el ámbito que nos ocupa ha de ser necesariamente puesto en conexión con el artículo 51 del mismo texto legal, en cuyo seno se formula claramente la necesidad de que los poderes públicos garanticen la defensa de la salud y seguridad de los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces, configurando con ello un auténtico derecho subjetivo cuyo corolario se concreta en el artículo 53 del mismo texto legal, conforme al cual se atribuye a los citados derechos la condición de principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico.

En el ámbito sanitario, la protección del derecho a la salud como derecho subjetivo, fundamento de la construcción de la relación clínica sobre la base de la configuración del paciente como consumidor, se ha realizado gracias a través de tres normas fundamentales. En primer lugar, la Ley General de Sanidad de 1986, en cuyo artículo 10, hoy parcialmente derogado, se enumera un amplio catálogo de derechos del paciente, posteriormente actualizados en el año 2002, mediante la promulgación de la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica. Por último, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud del año 2003. En este mismo marco de configuración normativa de ámbito nacional, si bien con un origen diferente y un alcance no siempre entendido correctamente por los operadores prácticos, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado el 16 de noviembre de 2007, consagra nuevamente, como ya lo hizo su antecesora de 1984, el derecho del consumidor a su salud y seguridad.

Junto a ese ámbito normativo nacional, en el Estado Autonómico con el que se ha dotado nuestro país han proliferado también un importante número de normas de formulación y reconocimiento de derechos de los consumidores (pacientes) como usuarios del sistema sanitario, cuya formulación ha atendido a instrumentos normativos formalmente diferentes, lo que ha ocasionado más de una disfunción, y cuyo hándicap más importante es la insuficiencia de mecanismos sancionadores

específicos mediante los que garantizar una auténtica efectividad de tales derechos legalmente enunciados; Carencias, no obstante, muchas veces suplidas mediante el recurso a la profusa legislación en materia de protección de consumidores y usuarios dispuesta por nuestras Comunidades Autónomas.

Todo ese movimiento normativo ha permitido que los autores de la presente obra, y en particular sus Directores, hayan apostado claramente por una construcción singular, enfocando el derecho a la salud desde su integración “*en el catálogo de los derechos básicos de los consumidores y usuarios*”. Tal y como se argumenta en el Prólogo del texto que comentamos, pieza de lectura inexcusable para entender el contexto en el que se inserta la concepción de los Profesores Tomillo y Cayón del derecho a la protección de la salud, frente a la tradicional consideración del paciente desde la perspectiva de mero destinatario de productos y servicios sanitarios en una relación tutelada por el facultativo e inspirada por el principio de “*beneficencia*” o de “*confianza*”, se evidencia un claro cambio de paradigma en la relación clínica, consagrando la consideración del paciente como auténtico usuario de servicios y consumidor de productos, razón por la que le resultaría extensible la normativa tuitiva dispuesta en el ámbito del Derecho del consumo. Frente a este modelo tradicional, tal y como expresamente se manifiesta en el Prólogo, se postula una nueva construcción jurídica, mediante la que disciplinar la relación médico-paciente, que puede resumirse, en brillante y gráfica expresión de los Directores, con la expresión “*todo por el paciente pero con el paciente*”.

Y es precisamente a través de esta consideración del paciente como consumidor como mejor puede superarse la configuración tradicional de la relación médico-paciente, que llevada a sus últimas consecuencias, como señala el propio Profesor Tomillo en su artículo, implicaría que la respuesta del enfermo ante el error médico, incluso ante la concurrencia de una situación de negligencia, habría de ser “*el aguante y la resignación*”.

En definitiva, podemos decir sin riesgo de exageración que la obra que recensamos, más allá e su carácter de obra colectiva, constituye un auténtico *Tratado* sobre la protección jurídica del paciente, partiendo de la perspectiva de su configuración como sujeto activo de la relación clínica,

construida jurídicamente con el prestador del servicio sanitario sobre la base del principio de autonomía.

3.- Tomando como punto de partida los anteriores posicionamientos, la obra se estructura sobre una sucesión de ponencias y ponentes articuladas sobre el entendimiento del paciente como eje – *sujeto*– del sistema sanitario y de la debida protección jurídica de sus derechos. En concreto, presenta una sistematización estructurada en cuatro partes claramente diferenciadas en el propio Sumario, dos de carácter “*institucional*” y otras dos de naturaleza “*sustantiva*”. A su vez, y a la luz del Sumario, en el primero de los bloques pueden diferenciarse otras dos partes. Una primera, que lleva por título “*Intervenciones Institucionales*” y que, como resulta habitual aparece limitada al agradecimiento y a unas palabras protocolarias transmitidas tanto desde instancias nacionales (Ministerio de Sanidad) como internacionales (Organización Panamericana de la Salud). Una segunda parte, rubricada bajo el título “*Presente y futuro de las políticas públicas de protección del paciente*”, coincide con el de la mesa redonda protagonizada por los Consejeros de Sanidad de Cantabria, de Castilla-La Mancha, de Castilla y León y del País Vasco, y celebrada en Santander durante la segunda edición del seminario, en la que los diferentes responsables aprovecharon la ocasión para exponer las líneas básicas de actuación de sus respectivas Comunidades Autónomas.

4.- Sin perjuicio de la importancia de los restantes bloques o partes, el núcleo central de la obra viene constituido por el conjunto de intervenciones agrupadas bajo la rúbrica común de “*Ponencias*”, en la que se recogen buena parte de las intervenciones efectuadas en las dos ediciones del Encuentro Interautonómico.

La primera de las ponencias científicas de carácter general que funciona a modo de introducción de los encuentros es la del Profesor Tomillo, quien bajo el título “*La paridad posicional en el ámbito sanitario: hacia la consideración jurídica del paciente como consumidor*”, disecciona la juridificación del acto médico como elemento corrector de la posición asimétrica entre médico y paciente y, más en concreto, elabora una fundada conceptualización del paciente como consumidor. Para este trabajo, el Profesor Tomillo aprovecha la agudeza y el conocimiento de quien ha investigado

con profundidad, el enfoque de una reflexión sosegada y la *lex artis* de quien ha usado con maestría los conceptos y las palabras en los foros científicos más diversos para analizar la conexión funcional entre el mundo del derecho y de la medicina, evidenciando las insuficiencias históricas y la inviabilidad actual de las posiciones relacionales asimétricas que puedan generarse entre, como dice el propio autor en tono irónico, *batas* y *pijamas*. Con estas premisas y partiendo de un análisis histórico de la situación, el Profesor Tomillo, con un discurso directo, sencillo de interpretación, pero dotado de una importante carga dogmático-jurídica, va construyendo en su intervención argumentos que conducen al lector a la absoluta convicción en torno a la aplicabilidad de las normas protectoras del Derecho de consumo a la relación médico-paciente. En suma, una ponencia de gran altura científica, en la que se desarrollan con precisión quirúrgica los aspectos más destacados de la protección del paciente, rodeados de constantes guiños hacia episodios históricos y sociales conexos que contribuyen a la comprensión del concepto principal desarrollado en la intervención.

La segunda y tercera de las ponencias, a cargo de Joaquín Cayón y de David Larios, respectivamente, analizan dos de las principales garantías del paciente establecidas en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud: la garantía de tiempo y la garantía de seguridad.

Joaquín Cayón, codirector de la presente obra, en su trabajo dedicado a analizar el régimen jurídico de las listas de espera y garantías de tiempo de las prestaciones sanitarias, une su condición de Jefe del Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria a su experiencia docente e investigadora como Profesor de Derecho en la Universidad de Cantabria, lo que le permite realizar un estudio radicalmente diferente del mero análisis casuístico o compilatorio de la normativa nacional o autonómica. Se trata de un estudio centrado en el análisis de los mecanismos correctores de la posición del paciente ante las demoras en el acceso y ejecución de las prestaciones sanitarias bajo el prisma de la inclusión de las prestaciones sanitarias en el Sistema Nacional de Salud y de la aprobación de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, bajo cuya órbita destaca fundamentalmente la potencialidad del sistema de garantías de plazos máximos de respuesta.

Con este planteamiento inicial, la ponencia, de indudable interés y calidad jurídica, analiza cada uno de los citados mecanismos, prestando especial atención al sistema de garantías del que, por cierto, el Derecho de Consumo es pionero, en relación con el cual evidencia, a través de una argumentación bien cuidada y argumentada, tanto las ventajas que conlleva su aplicación en orden a garantizar el derecho de los pacientes a ser atendidos en un determinado plazo y su idoneidad para el tratamiento de las demoras en la atención especializada, como sus disfunciones, provocadas fundamentalmente por las disposiciones autonómicas, que ofrecen un amplio abanico de posibilidades, en tanto que difieren tanto en las prestaciones garantizadas como en los tiempos máximos de espera. Curiosamente, todas estas disfunciones, claramente contrarias al principio de igualdad reconocido constitucionalmente, se producen en los contornos del Sistema Nacional de Salud, fijado y delimitado por el Estado, y en el que únicamente se determina un mínimo común prestacional para todos los ciudadanos, ampliable, eso sí, por las Comunidades Autónomas, y en perímetro de la insuficiencia del mecanismo de los “criterios marco” como instrumentos utilizados por el Estado para la fijación de los plazos máximos de espera, que dada su competencia legislativa básica en la materia bien podría haber optado por otras soluciones diferentes.

La segunda de las garantías analizadas con brillantez en la obra es la de seguridad, de la que se ocupa David Larios, Coordinador de los Servicios Jurídicos del Servicio de Salud de Castilla La Mancha y conocido experto en el mundo del Derecho Sanitario, quien evidencia las insuficiencias legales en orden a la implantación de un sistema de notificación y registro de sucesos adversos en nuestro país, al tiempo que postula la aprobación de una nueva normativa que garantice la eficiencia y operatividad de un Registro de sucesos adversos de carácter oficial para el conjunto del Sistema Nacional de Salud, de indudable interés y necesidad para la mejora de las prestaciones sanitarias.

Tras la construcción del nuevo paradigma en la relación clínica y el amplio análisis dedicado a dos de las principales garantías legales dispuestas en orden a la protección del paciente, la obra afronta en sus siguientes ponencias los aspectos jurídico-sustantivos más destacables en la protección del paciente, introducidos a través de un trabajo de

carácter general sobre su regulación en la reciente legislación sanitaria, a cargo de Vicente Lomas, Jefe del Servicio de Derecho Sanitario y Bioética del Servicio de Salud de Castilla La Mancha, en el que destaca su claridad expositiva y la solvencia con la que resuelve sistematizar en un artículo el complejo abanico de derechos del paciente.

Junto a la anterior ponencia se incluyen otros tres estudios sobre aspectos concretos de la protección del paciente. Así, se aborda la protección jurídica del usuario frente a la biotecnología, en la que se plantean diferentes beneficios y riesgos vinculados a las modificaciones biotecnológicas. El trabajo es desarrollado por Rafael Millán, Asesor Jurídico de la Consejería de Sanidad de la Xunta de Galicia y también Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela, quien plantea cuestiones inusuales y que evidentemente invitan al lector a pensar con mayor detenimiento en el alcance de la biotecnología, cuestión que hasta la fecha no merecido la atención doctrinal debida. El trabajo del Profesor Millán introduce, sin duda, un elemento de reflexión sobre una materia que aborda con rigor y claridad expositiva. En segundo lugar, se aborda la atención farmacéutica por Mariano Avilés en la que el Presidente de la Asociación Española de Derecho Farmacéutico disecciona los fundamentos y principios en los que se asienta el modelo de farmacia español y la incidencia que la aplicación del principio europeo de libertad de establecimiento puede tener en el ejercicio de las actividades de farmacia, en el que claramente colisionan el citado principio con el objetivo de proteger la salud pública; en tercer lugar, la ponencia relativa a la protección del paciente frente a la publicidad sanitaria, desarrollada a cargo del Julio Álvarez, Profesor de Derecho Mercantil en la Universidad de Cantabria, quien de forma rigurosa, al tiempo que amena, nos introduce en el marco de los principios generales de la publicidad de medicamentos y productos sanitarios, dedicando una especial atención a uno de los principales problemas con los que se encuentran los órganos encargados de la aplicación de la normativa de consumo: la publicidad de los llamados “productos milagro”, normalmente inocuos para la salud, pero frecuentemente comercializados bajo el paraguas de una publicidad engañosa. En fin, una ponencia de indudable altura técnico-jurídica, que presenta un único hándicap en relación con su exposición oral, y es la imposibili-

dad de que el papel recoja el ingente número de casos y ejemplos manejados por el autor durante sus exposiciones, que al no poder ser reproducidos no pueden tampoco ser visualizados en la presente obra.

5.- Finalizadas las ponencias de carácter sustantivo, el lector se encuentra, en tercer lugar, con diferentes trabajos de carácter procedimental sobre los sistemas extrajudiciales de tutela del paciente. Así, de un lado, se afronta el problema de la protección del paciente a través de las actuaciones de la figura del *Ombudsman* o Defensor del Pueblo y los problemas que plantean los desequilibrios territoriales en relación con las carteras de servicios de los respectivos sistemas de salud. A nivel nacional, la figura es examinada por Manuel Aguilar, Adjunto del Defensor del Pueblo, corriendo a cargo de José Manuel Martínez Cenzano, Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha, la perspectiva de los defensores autonómicos. De otro lado, se incluye una aportación, a cargo de María del Carmen González Carrasco y Manuel Jesús Marín, Profesores Titulares de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha, de indudable trascendencia jurídica, en la que se afronta uno de los retos más importantes que tiene pendientes el sistema: la aplicación de los instrumentos de resolución extrajudicial de conflictos a los conflictos sanitarios. En relación con esta cuestión no puede sino concluirse afirmando, a la vista del amplio análisis incluido por los autores en relación con la posibilidad de trasladar el arbitraje de consumo a los conflictos sanitarios, la existencia de dificultades técnicas difícilmente superables a la luz de la actual normativa. Cuestión distinta es que, como afirman los Profesores Tomillo y Cayón en su Prólogo, de *lege ferenda* resulte conveniente fomentar la aplicación a los conflictos sanitarios de sistemas extrajudiciales heterocompositivos diseñados sobre los mismos principios que han venido aplicándose tradicionalmente en el arbitraje de consumo: institucionalización, gratuidad -*ergo*, economía, porque la gratuidad es beneficiosa para el consumidor/paciente afectado y además ha de ser eficiente para el erario público-, rapidez, ejecutividad y participación de profesionales y de pacientes. En todo caso, y como bien anticipa el propio Prólogo del obra, tributario en este punto de la dilatada experiencia de los codirectores como Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Cantabria y como árbitro y primer Secretario de dicha Junta, el hecho

mismo de estudiar diferentes vías para la extensión del arbitraje de consumo a las relaciones asistenciales constituye una manifestación más de la creciente y progresiva utilización de las técnicas tuitivas del Derecho de consumo en el ámbito clínico. A este respecto, entendemos muy acertado que la obra incluya una valiosa experiencia de Derecho comparado -experiencia mexicana- sobre funcionamiento del arbitraje médico a cargo de su máximo responsable Germán Fajardo, Comisionado Nacional de Arbitraje Médico del Gobierno mexicano. Se explica de este modo una experiencia pionera en la materia desarrollada en un país en el que la institución arbitral goza de una sólida implantación en el ámbito sanitario.

Por último, la obra finaliza con un grupo de ponencias en las que se analiza la protección del paciente a través del instituto de la *responsabilidad sanitaria* administrativa y penal. Se aborda así, tanto la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Sanitarias incluyendo en primer término un trabajo sobre la misma a cargo de Natalia de la Horra, Letrada-Jefa de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla-León. Se incluye igualmente un estudio específico sobre la indemnización del daño moral, a cargo de Ana Sánchez Lamelas, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Burgos y Directora General del Servicio Jurídico del Gobierno de Cantabria, que ofrece un interesante trabajo, basado en el método del *case law*, que dedica una especial atención a las relaciones entre el daño moral y el consentimiento informado, al tiempo que evidencia la contradicción en la jurisprudencia, en la que en grupos de casos homogéneos se han venido dando soluciones distintas-. Finalmente se analiza por Antonio Díaz Delgado, Presidente de la Audiencia Provincial de Cuenca, la protección penal de salud a través del Derecho Penal, para aquellos casos más extremos en los que concurra el respectivo ilícito penal.

Por último, resulta también destacable la cuarta parte de la obra que recoge las diferentes visiones de las Comunidades Autónomas participantes sobre un tema titulado como “Profesionales sanitarios y pacientes: la repercusión de las medidas en materia de recursos humanos en la atención al paciente”, protagonizada por responsables de recursos humanos de diferentes Administraciones autonómicas: M^a Cruz Reguera Andrés, Secretaria

General de la Consejería de Sanidad de Cantabria, Luis Alberto Panes Corbelle, Jefe de Servicio de Planificación, Selección y Provisión del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, Carmen Aguirre Colonges, Directora de Recursos Humanos del Servicio Canario de Salud y Esperanza Vázquez Boyero, Directora General de Recursos Humanos del Servicio de Salud de Castilla y León. El estudio comparativo de las diferentes experiencias autonómicas relacionadas en esta parte resulta de indudable interés.

6.- Conclusión: este comentario a *La Protección Jurídica del Paciente* únicamente ha pretendido aproximar al potencial lector a una obra que aporta claridad expositiva a la configuración jurídica de las relaciones clínicas, al tiempo que fomenta el debate intelectual, necesario por otra parte en una materia de gran interés social que se encuentra en constante evolución. Y es que el tratamiento del conflicto médico-paciente precisa de una importante adecuación a la realidad de una sociedad configurada al amparo del Estado social. Por esta razón, todas las opiniones expresadas en esta reseña tienen únicamente por objetivo poner de manifiesto el carácter pionero y vanguardista de la obra, que creemos marca un antes y un después en la literatura jurídica nacional en cuanto que asume una nueva perspectiva desde la que contemplar al paciente. Su concepción como consumidor, en el sentido jurídico del término, y su autonomía como principio rector de la relación sanitaria y del ejercicio de sus derechos, planean sobre el conjunto de los temas abordados, constituyendo, a nuestro juicio, una importante aportación a los estudios en la materia.

No me queda sino terminar felicitando al excelente elenco de autores por la excelencia del trabajo realizado, recomendando, con sincero entusiasmo, la lectura y disfrute de esta obra.

JURISPRUDENCIA E INFORMES

Sección a cargo de **Vicente Lomas Hernández**

Jefe de Servicio de Derecho Sanitario y Bioética
Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (Servicio Jurídico)

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1.- STS DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2009. SESIONES DEL CONSEJO INTERTERRITORIAL Y RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

La convocatoria y el orden del día de las sesiones del Consejo Interterritorial, deben ajustarse a lo dispuesto en su reglamento de organización y funcionamiento, lo que no ha sucedido en el presente caso en el que no se incluyeron en el orden del día determinados temas propuestos por la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Este es un tema recurrente en el funcionamiento del máximo órgano de coordinación del SNS, y sobre este mismo asunto ya tuvo ocasión de pronunciarse el TS en su sentencia de 27 de septiembre de 2006, a raíz de un recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Murcia.

En ambos casos, el Alto Tribunal señala que según el propio reglamento interno del CI, hay que diferenciar si la convocatoria la realiza el Presidente a iniciativa propia -en cuyo caso tiene la facultad de fijar el orden del día- o si ha sido solicitada al menos por la tercera parte de los miembros del Consejo, en cuyo caso el Presidente debe efectuar dicha convocatoria incluyendo el asunto o asuntos propuestos.

La Ley 30/1992 también se alinea en este sentido, cuando establece en su art. 23 apartado primero que, entre las funciones del presidente, se encuentra la de acordar la convocatoria de las sesiones fijando el orden del día "*teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas con la suficiente antelación*". Así pues, el presidente tiene que tener en cuenta para fijar el orden del día las peticiones de los demás miembros, sin que por tanto podamos entender que estamos ante una decisión discrecional.

2.- SENTENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MARZO DE 2010. ANULACIÓN DE REGLAMENTO POR INCUMPLIMIENTO DE TRÁMITE PRECEPTIVO EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN

El Supremo anula el RD 1338/2006 por el que se definían los requisitos necesarios para obtener, para un determinado medicamento, la calificación de innovación galénica de interés terapéutico, y su consiguiente exclusión del sistema de precios de referencia durante un plazo de cinco años.

¿Qué es la innovación galénica? Medicamentos ya autorizados que por presentarse bajo otra vía de administración, tienen unos efectos terapéuticos más ventajosos, o se les ha sometido a una mejora significativa en su utilidad terapéutica a raíz de la novedad incorporada.

El TS lo declara nulo, ya que no se requirió al Comité Consultivo del Consejo Interterritorial de Salud el correspondiente informe sobre el contenido de la disposición, tal y como exige la Ley 16/2003, al tratarse de un proyecto normativo que afecta a la financiación de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.

Un caso similar de anulación judicial de norma reglamentaria en el ámbito sanitario por omisión del mismo trámite, es el enjuiciado por **el T.S. en sentencia de 3 de Junio de 2009.**

Esta sentencia acordó la nulidad de los procedimientos para la integración, directa y voluntaria, de personal funcionario y laboral fijo en la condición de personal estatutario que preste servicio en Instituciones Sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, ya que deben ser previamente informados por el órgano colegiado interministerial al que se refiere la Disposición Final 2ª de la Ley 55/2003 y Disposición Final 2ª de la Ley 16/2003, de 28 de mayo de Cohesión y Calidad del

SNS, regulada por RD 434/2004, de 12 de marzo, pues las normas autonómicas recurridas tienen trascendencia presupuestaria para el equilibrio financiero del SNS.

3.- STS DE 3 DE MARZO DE 2010. EL INCIDENTE DE RECUSACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El TS confirma la legalidad de la sanción impuesta por la Administración por no considerar que se haya conculcado el principio de imparcialidad por el hecho de que el funcionario instructor del procedimiento haya sido quién denunció los hechos objeto de sanción, y además, tenga relación de dependencia jerárquica respecto del órgano sancionador.

La Sala considera que este motivo no puede prosperar, ya que el hecho de que el instructor designado por la Administración hubiese sido quién puso los hechos en conocimiento de ésta, no es un obstáculo para que sea nombrado instructor, pues la garantía prevista en el artículo 134.2 de la Ley 30/1992, consistente en la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, se ha respetado.

Finalmente, tampoco otorga relevancia al hecho de que tras la invocación por el interesado de la causa para la recusación del instructor, la Administración no sustanciase un incidente de recusación, ni suspendiese el procedimiento, sino que la rechazó en la propia resolución del expediente sancionador.

Para el TS *“lo relevante es si concurren o no las causas de abstención denunciadas, las que, por las mismas razones expresadas por la Administración y la Sala sentenciadora, no existen, dado que, como correcta y certeramente apunta la Administración autonómica recurrida al oponerse a este motivo de casación, la objetividad exigible por el artículo 103.1 de la Constitución a las Administraciones Públicas no puede confundirse con la independencia e imparcialidad exigible ex artículo 117.1 de la Constitución a los jueces y magistrados”*, y además recuerda que en este caso concreto, la recusación del instructor se planteó en el trámite de alegaciones a la propuesta de resolución.

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

1.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2010. ANULACIÓN DEL ACUERDO SUSCRITO EL 11 DE OCTUBRE DE 2007 SOBRE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN EN MATERIA DE SALUD LABORAL

La sentencia que paso a comentar, analiza a raíz del recurso interpuesto por un sindicato, la legalidad del Acuerdo de 11 de octubre de 2007 entre la Administración de la JCCM y las Organizaciones sindicales sobre los derechos de participación en salud laboral, en relación con lo que prevé en esta materia la Ley de Prevención de Riesgos Laborales respecto del personal funcionario y del personal laboral.

En este sentido hay que tener presente, en primer término, que la propia Ley 31/1995 contempla ciertas especialidades para las Administraciones Públicas, que deben quedar circunscritas exclusivamente al personal funcionario/estatutario, pero no así al personal laboral, como se infiere de la Disposición Adicional Tercera de la Ley.

Efectuada esta precisión, la sentencia confronta lo que establece el Pacto en cuestión sobre la designación de los delegados de prevención y la composición de los Comités de Seguridad y Salud, con lo que a tal efecto prevé la Ley en los dos ámbitos subjetivos antes señalados, el ámbito laboral y el ámbito del personal funcionario de las Administraciones Públicas.

Respecto del primer ámbito, se constata por el Tribunal la ilegalidad del Pacto por cuanto la elección de los delegados de prevención no se hace por los representantes de los trabajadores, ni entre ellos, ni por los trabajadores, sino por las organizaciones sindicales, en contra de lo que establece el art. 35 de la LPRL. A idéntico pronunciamiento llega la Sala cuando analiza la composición de los Comités de Seguridad y Salud Laboral, ya que sus miembros son también designados por las organizaciones sindicales cuando la ley, sin embargo, establece claramente que el comité de seguridad y salud laboral estará formado por los delegados de prevención.

Igual suerte corre el examen de la cuestión desde la perspectiva del ámbito funcional. En este caso es cierto que la propia ley establece ciertas normas

especiales respecto del personal funcionario/estatutario al servicio de las Administraciones Públicas, pero ninguna de tales especialidades permite que los delegados de prevención y los representantes de los comités de seguridad y salud laboral sean designados por los sindicatos.

PRESTACIONES SANITARIAS

1.- TSJ DE MADRID (CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO). SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 2010. REQUISITO DE LA EDAD PARA LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE AMNIOCENTESIS.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha desestimado el recurso interpuesto por los padres de una menor contra la Administración como consecuencia de la omisión de medios diagnósticos durante el embarazo, lo que provocó el alumbramiento de una niña con síndrome de Down. La paciente, primigesta de 34 años y ocho meses, cumplía 35 años cuando se hallaba embarazada de unas 16 semanas, acudió por primera vez a consulta por embarazo el 4 de mayo de 2004, donde se le solicitó analítica que ofreció resultados normales. Los posteriores controles ecográficos también fueron normales.

La cuestión de fondo consiste en determinar si por los servicios sanitarios públicos se emplearon todos los medios indicados por la Medicina en el momento de la gestación para detectar la anomalía que padece la hija de la recurrente, y, dado que la cromosopatía no siempre es observable mediante las pruebas diagnósticas habituales, si concurría en este caso alguna circunstancia que exigiera el uso de medios extraordinarios (amniocentesis). En este sentido cobra una gran relevancia el dato de la edad de la gestante, que cumplió los 35 años -edad que determina la inclusión de la gestante como población de alto riesgo conforme al protocolo de la SEGO- cuando se encontraba de 16 semanas. La cuestión, pues, estriba en fijar el momento en que debe considerarse a estos efectos la edad de los 35 años, si en el del parto o en el de la concepción, siendo esta última la fecha por la que se inclina el Tribunal.

En definitiva, de haberse quedado embarazada cuatro meses más tarde, se le habría practicado una amniocentesis, la malformación se habría de-

tectado y podría haber recurrido, en su caso, al supuesto de “aborto eugenésico”.

2.- SENTENCIA DEL TJUE DE 10 DE JUNIO DE 2010 QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DE LOS BANCOS DE SANGRE DE CORDÓN UMBILICAL DE PAGAR EL IVA

La cuestión de fondo que se analiza por la Sala, consiste en determinar si este tipo de establecimientos sanitarios podrían quedar exentos del pago del IVA acogiéndose al art. 13 de la Directiva 77/388, del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios. Dicha norma comunitaria permite que los Estados miembros eximan del pago del IVA “*las prestaciones de servicios de hospitalización y asistencia sanitaria y las demás relacionadas directamente con las mismas realizadas por Entidades de Derecho público o en condiciones sociales comparables a las que rigen para estos últimos, por establecimientos hospitalarios, centros de cuidados médicos y de diagnóstico y otros establecimientos de la misma naturaleza legalmente reconocidos*”.

El TJUE considera que no resulta aplicable esta excepción, ya que ni la hospitalización ni la asistencia sanitaria, son efectivas, ni están en curso, ni aún se han planificado, pues este tipo de actividades - utilización de las células progenitoras del cordón- tan solo pueden tener potencialmente una relación directa con la asistencia sanitaria dispensada en un medio hospitalario, y si se cumplen determinadas hipótesis:

- a) En primer lugar que el estado de la ciencia médica permita o exija la utilización de células progenitoras del cordón.
- b) Que surja o pueda surgir una enfermedad en un caso específico.

3.- TRIBUNAL SUPREMO.- SALA DE LO SOCIAL.- SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2009. REINTEGRO DE GASTOS POR LA REALIZACIÓN DE DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTATORIO.

Denegación del reembolso por los gastos sufridos como consecuencia de la realización de un diagnóstico genético preimplantatorio, necesario para el tratamiento de la reproducción asistida.

Aduce la recurrente que, aunque no pueda afirmarse que se está ante una situación de peligro inminente para la vida de la beneficiaria de la asistencia, sí podría haber supuesto un riesgo grave para la salud de su futuro hijo, por lo que tal situación encuadraría en el marco del art. 5.3 del derogado Real Decreto 63/1995. Señala el TS que tal precepto prevé el reembolso de los gastos sanitarios originados fuera del Sistema Nacional de Salud en los casos de asistencia sanitaria, urgente, inmediata y de carácter vital, y todo ello, una vez comprobados que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios del citado Sistema Nacional de Salud, y que la utilización de los servicios ajenos no constituye una utilización desviada o abusiva. En el caso examinado, razona la Sala que no concurre la citada “*urgencia vital*” tal y como es entendida tanto en la normativa aplicable como por la jurisprudencia, por lo que no cabe afirmar que proceda el reembolso reclamado.

Hay que poner de relieve además que estamos ante una prestación que no figura incluida dentro de la cartera de servicios comunes del SNS.

En definitiva, que el diagnóstico genético preimplantatorio no lo cubre el Sistema Sanitario, de modo que tan solo cabría obtener un reintegro si se acreditase la urgencia vital, aunque esto encierra en sí mismo una contradicción, ya que hay que entender que los efectos derivados de la no inclusión en la cartera de servicios lo es tanto para circunstancias ordinarias como extraordinarias (urgencia).

En relación con un asunto similar, se ha pronunciado el TSJ del País Vasco en sentencia de fecha 24 de junio de 2008. En el caso enjuiciado por el TSJ vasco, se trataba de un paciente varón de 28 años que, ante la necesidad de someterse a tratamiento oncológico, solicita que se le practique la técnica del lavado seminal, con la particularidad de que es portador del virus de la Hepatitis C. Esa técnica no se podía aplicar al no contar el hospital con laboratorio de seguridad biológica, ni disponer tampoco otro hospital público cercano. Ante la premura del tiempo, decide acudir a una clínica privada en Barcelona.

La Sala reconoce el derecho al reintegro de gastos, acudiendo para ello, a una interpretación flexible del criterio de “urgencia vital”, entendiéndose que en este caso estaba en juego la capacidad de procrear

de la persona, la posibilidad de tener descendencia, sin que pueda ser un obstáculo el hecho de que la prestación en cuestión no estuviese incluida en la cartera de servicios, pues la administración sanitaria ya había tomado la decisión de incluirla en breve, y existía suficiente evidencia científica sobre su seguridad e idoneidad.

4.- SENTENCIA DEL TSJ DE CATALUÑA DE 7 DE ABRIL DE 2010. CAPACIDAD DE DECISIÓN Y DERECHO A LA INTIMIDAD DEL MENOR DE EDAD VERSUS DERECHOS/OBLIGACIONES INHERENTES A LA PATRIA POTESTAD DE LOS PADRES

La Sala estima el recurso interpuesto contra el Código Deontológico aprobado por el Colegio de Médicos de Barcelona, y declara la nulidad de sus artículos 33 y 59.

Respecto del art. 33 del Código Deontológico, éste afirmaba que “*el médico, en caso de tratar a un paciente menor de edad y cuando lo considere con las suficientes condiciones de madurez, habrá de respetar la confidencialidad respecto de los padres o tutores y hacer prevalecer la voluntad del menor*”.

A juicio del Tribunal, este artículo va en contra de la Ley 41/2002 que en su art. 9.3.c) contempla la necesidad de que se informe a los padres. El Tribunal señala que “*la norma impugnada no respeta tales prescripciones, desde el momento en que impide que los padres o tutores sean informados en todo caso, cuando el médico considere que el menor tiene las suficientes condiciones de madurez, y hace prevalecer la voluntad de éste, sin ponderar en uno y otro caso las circunstancias de edad y riesgo que establece el precepto legal*”.

No comparto el criterio de la Sala, al menos en su totalidad. Es cierto que el art. 33 impugnado no se ajusta completamente a lo que dice la Ley 41/2002 ya que prescinde por completo del criterio de la gravedad de la intervención como factor modulador del alcance de la confidencialidad de la información clínica del menor, pero igual de desenfocado resulta el criterio del Tribunal ya que la Ley no dice que los padres deban de ser informados en todo caso cuando el paciente sea un “*menor maduro*”, sino que limita este deber a los casos de actuaciones de grave riesgo. Así pues, en el caso en que el menor de 15 años no emancipado y con suficiente capacidad a juicio del facultativo, qui-

siera someterse a una intervención quirúrgica menor (eliminación de una verruga...), no se debería informar a los padres, de una parte porque supondría desconocer lo que dice el art. 162 del CC, la doctrina del TC en relación con el menor de edad, y la conculcación de un derecho fundamental como el derecho a la intimidad (art. 18 de la CE). Pero es que, por otra parte, la legislación en materia de protección de datos atribuye al menor con 14 años cumplidos la titularidad de todo un haz de facultades jurídicas (derechos ARCO), que legitimarían la eventual decisión del menor a negarse a que se facilite esa información sin su consentimiento (RD 1720/2007).

Respecto del art. 59 éste reza del siguiente modo *“El médico no practicará nunca ninguna interrupción del embarazo o esterilización sin el consentimiento libre y explícito del paciente, dado después de una cuidadosa información, en especial cuando éste sea menor, pero con capacidad para comprender aquello que consiente. Cuando no exista capacidad, será necesario el consentimiento de las personas vinculadas responsables”*.

En este otro caso, de menor alcance y trascendencia tras la aprobación de la LO 12/2010, la Sala considera que tampoco resulta ajustado a Derecho ya que, de una parte, no recoge mención a ninguna edad mínima (que la LAP fija en 18 años) y por otra contiene una referencia inespecífica al consentimiento de las personas vinculadas responsables, cuando en realidad este poder de decisión debiera recaer sobre los padres o tutores.

5.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2009. REINTEGRO DE GASTOS Y DENEGACIÓN INJUSTIFICADA DE ASISTENCIA.

Esta sentencia muestra el posicionamiento de un sector de los Tribunales de Justicia, que pese al criterio sentado por el TS sobre la distinción entre “reintegro de gastos” y “denegación injustificada de asistencia”, vuelven a resucitar periódicamente la problemática de canalizar por la vía del reintegro lo que para el TS es un supuesto de responsabilidad patrimonial, y por ende ajeno a la competencia del orden jurisdiccional social. Además tiene otro “ingrediente” interesante, el papel que juega el “principio de buena fe”.

En efecto, esta sentencia reabre la ya antigua polémica, doctrinal y jurisprudencial, sobre la difusa

distinción entre la figura del reintegro de gastos médicos y la denegación injustificada de asistencia médica.

En el caso que nos ocupa se trata de una paciente que presenta trastornos de alimentación, toxicomanía, y trastornos de conducta, que es tratada en los servicios sanitarios públicos, que a su vez, la habían derivado a la Fundación Jiménez Díaz. Tras ser dada de alta en este centro, los médicos se limitan a indicarla que en caso de empeoramiento acuda a los servicios de urgencia.

Ante esta situación, y siguiendo el consejo de la doctora psiquiatra de la Seguridad Social que la trata, la paciente acude a un centro privado especializado sito en Barcelona, ascendiendo la factura por el tratamiento recibido a 35.749 euros.

¿Quién debe sufragar los gastos de la factura?

La Sala considera que estamos ante un supuesto de reintegro de gastos médicos, figura hacia la que cabría canalizar el supuesto de hecho planteado que, en realidad se correspondería con el antiguo supuesto de *“denegación injustificada de asistencia”*. Para llegar a esta conclusión, la sala trae a colación la doctrina del TS sobre el reintegro de gastos que *“se ha de definir no por la mera urgencia de la atención, sino por el hecho de que esa urgencia determine la imposibilidad de acceso del beneficiario a los servicios de la Seguridad Social”*, lo que, para el TSJ, cabría hacer extensivo igualmente a los casos como el que acontece en este supuesto en el que la prestación solicitada ha sido denegada, aunque no por la urgencia en sí, sino por otra serie de factores (falta de disponibilidad de centros...).

Tras establecer esta equiparación, restaría por salvar el escollo derivado del concepto de *“urgencia vital”* al que se refiere el art. 4.6 del RD 1030/2006, y el ya derogado art. 5.3 del RD 63/1995, objetivo conseguido al entender que *“no es preciso que esté en riesgo cierto e inminente la propia vida del paciente, sino que basta con que racionalmente pueda representarse la posibilidad cierta de que el retraso en recibir la asistencia pueda producir daños graves para la salud en forma de secuelas o incluso de la prolongación en el tiempo de sufrimientos graves, puesto que tal es el alcance de los bienes protegidos por el art. 15 de la CE”*.

Es más, no entenderlo de este modo supondría llegar a un absurdo, a situaciones contradictorias, ya que en virtud de lo dispuesto en el art. 22.2 del Reglamento comunitario 1408/71, se podría autorizar a un ciudadano español para obtener el tratamiento deseado en otro Estado miembro de la UE a cargo del servicio público español siempre que estuviese incluido dentro de la cartera de servicios del SNS y no fuese posible obtener un grado de eficacia idónea que permita al paciente recuperar su salud en tiempo útil, mientras que esa misma situación no encontraría amparo dentro del territorio nacional.

En este caso queda claro a juicio del TSJ que *“la dolencia no podía ser tratada por los servicios de la sanidad pública como se demostró por el hecho de que fuera derivada a la Fundación Jiménez Días inicialmente y posteriormente, y por consejo de la psiquiatra que siempre ha tratado a la beneficiaria en la Seguridad Social, al ITA, de manera tal, que sólo este último tratamiento se antoja como posible para tratar de curar a la paciente (...) en definitiva la parte actora no ha de resultar obligada a soportar unos costes que sólo tienen su origen en la inexistencia de órganos especializados, dentro de la sanidad pública, que puedan solucionar sus dolencias...”*

Pero aún quedaría por analizar el papel que juega la indicación de la facultativa de que acudiese a la sanidad privada sin que se hubiera solicitado por la interesada formalmente la autorización administrativa, lo que la Sala resuelve apelando a la *“buena fe de la parte actora”*, y al principio general de la buena fe del art. 7 del CC.

La buena fe ha sido empleada como argumento por otros TSJ en situaciones similares a la descrita en la sentencia objeto de comentario. Así cabría citar, entre otras, la sentencia del TSJ del País Vasco de 24 de junio de 2008 o la sentencia del TSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de enero de 2009. En todos estos casos se ha seguido el criterio ya fijado por el TS en sentencia de 30 de Marzo de 1987.

En definitiva, esta sentencia se suma a otras dictadas por otros Tribunales Superiores de Justicia que, en suplicación, se han separado del criterio que fuera fijado por el TS a raíz de su sentencia de fecha 25 de noviembre de 2003, de excluir de los supuestos de reintegro de gastos, los hechos constitutivos de denegación injustificada de la asistencia,

que deberían ser enjuiciados por los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos como supuestos de responsabilidad patrimonial por defectuosa prestación de la asistencia sanitaria. De este modo se resucita nuevamente la polémica acerca de cómo tratar los supuestos de hecho susceptibles de ser incluidos en la ya desaparecida de nuestro derecho positivo *“denegación injustificada de asistencia”*.

6.- SENTENCIA DEL TJUE DE 15 DE JUNIO DE 2010. ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA Y EL COMPLEMENTO DE REEMBOLSO.

El último caso enjuiciado por el TJUE en materia de asistencia sanitaria transfronteriza ha sido el protagonizado por un ciudadano francés, residente en España y afiliado al sistema español de seguridad social, que pretende que sea el Estado español el que deba reembolsar el porcentaje de gastos que le hizo abonar Francia en concepto de Ticket moderador -también conocido en España como *“copago”*, y del que ya tenemos algunos ejemplos prácticos por ejemplo en el ámbito de la prestación farmacéutica-, a raíz de su hospitalización, y durante su estancia temporal en el país vecino.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de fecha 15 de junio de 2010, desestima, en contra del criterio defendido por el Abogado General, el recurso interpuesto por la Comisión de la UE, y declara que la normativa nacional aplicable para estos casos (art. 4 del RD 1030/2006) no resulta contraria a las obligaciones derivadas del art. 49 del TUE.

En este caso concreto, el TJUE corrobora que, en efecto, la prestación de servicios hospitalarios constituye claramente una manifestación de la libertad comunitaria de prestación de servicios a la que se refiere el art. 49 del TUE. Ahora bien, a partir de esta afirmación, resulta obligado diferenciar dos escenarios completamente distintos: a) supuesto de asistencia hospitalaria planificada; b) prestación de asistencia sanitaria hospitalaria no planificada durante la estancia temporal del ciudadano en el territorio de otro Estado miembro.

En el primer caso, resulta aplicable la doctrina del TJUE, según la cual, el Estado de afiliación del ciudadano -aquél en el que tiene la condición de asegurado-tiene que garantizar a sus ciudadanos que son atendidos fuera del territorio nacional, el

mismo nivel de cobertura como si hubiesen sido hospitalizados en dicho Estado. Entenderlo de forma contraria supondría un obstáculo a la libertad de prestación de servicios, ya que podría disuadir al ciudadano asegurado de dirigirse a establecimientos sanitarios radicados en el territorio de otro Estado miembro.

En cambio, en el supuesto de asistencia hospitalaria no planificada -enfermedad sobrevenida con ocasión de la estancia temporal en otro Estado-, no cabe aplicar esta misma doctrina. En estos otros supuestos, hay que considerar que tal y como señala nuestra legislación sanitaria (art. 4.3 del RD 1030/2006), no procederá el reembolso de los gastos adicionales que haya tenido que satisfacer el ciudadano asegurado por los servicios prestados en el otro Estado miembro salvo que se hubiera acreditado la existencia de un supuesto de urgencia vital.

7.- STS DE FECHA 4 DE MARZO DE 2010. ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA Y REINTEGRO DE GASTOS POR URGENCIA VITAL.

1. Planteamiento del caso

El demandante es un pensionista de la SS española con tarjeta sanitaria europea que, encontrándose en Francia por motivos familiares, tuvo que ser ingresado urgentemente en el Hospital Público Pitié Salpetriere por sufrir una embolia. Al ser dado de alta, tuvo que abonar la cantidad de 250,89 euros (Ticket moderador), importe que posteriormente reclama su reembolso al INSS, y que éste desestima. La Judicialización del asunto se salda con dos fallos favorables al interesado -juzgado de instancia y TSJ de la Comunidad Valenciana-, invocando la doctrina del TS recogida en sentencia de 4 de abril de 2000, según la cual, en nuestro país la asistencia sanitaria está garantizada a todos los afiliados a la SS, cualquiera que sea el lugar donde se encuentren, cuando se trate de supuestos que exijan atención inmediata.

Nuestro Alto Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad gestora sobre la base, tanto de la interpretación que de la normativa comunitaria ha realizado el TJUE, como sobre la aplicación de la normativa de derecho interno.

2.- Fundamentos

A) Derecho Comunitario.- El TS considera aplicable en este caso la doctrina del TJUE, sintetizada en la sentencia Vanbraekel y otras, por las que se declara que en virtud del art. 49 de la CE, en el supuesto de que la legislación del Estado miembro competente -en nuestro caso España-, establezca la gratuidad de la asistencia hospitalaria dispensada en el marco de un servicio nacional de salud, y de que la legislación del Estado miembro en el que el paciente afiliado a dicho servicio ha sido autorizado no prevea una cobertura íntegra del coste de dicho tratamiento, la institución competente debe conceder a dicho paciente un reembolso equivalente a la eventual diferencia entre el coste del tratamiento y el importe que la institución del Estado miembro de estancia (en este caso Francia) está obligado a cubrir.

Ahora bien, el TS no ha tenido en cuenta que esta doctrina tan solo es aplicable para los casos de asistencia sanitaria planificada, pero no para los supuestos como el que se enjuicia de “*asistencia sanitaria no planificada*”, una distinción que no es baladí, sobre todo si tenemos en cuenta que semejante distinción ha sido el eje central sobre el que se vertebra el fallo de la reciente STJUE de 15 de junio de 2010.

El único caso en que no sería aplicable esta doctrina tratándose de asistencia sanitaria hospitalaria no planificada, sería aquellos supuestos en los que la intervención hospitalaria imprevista ha respondido a una situación de urgencia vital cubierta por nuestro derecho interno (art. 4 del RD 1030/2006).

Por tanto, y resumiendo, desde la óptica de la normativa comunitaria, siguiendo la doctrina de la última sentencia dictada por el TJUE en un caso similar al enjuiciado por nuestro TS de “*asistencia no planificada*”, únicamente existiría el deber de abonar el complemento de reembolso por el Estado Español cuando concurra el supuesto previsto en el artículo 4, apartado 3, segunda frase, del RD 1030/2006 (urgencia vital), si el coste de un tratamiento equivalente en España fuera superior al nivel de cobertura aplicable en ese otro Estado miembro.

B) Derecho Nacional.- Hecha esta apreciación, el TS llega al mismo resultado que el preconizado por la citada STJUE cuando analiza el derecho del demandante al reembolso de los gastos de asistencia hospitalaria, pero ahora con arreglo a la legis-

lación española, al recordar la doctrina del TS sentada en la ya citada sentencia de 4 de abril de 2000, según la cual “*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 cualquier que sea el lugar donde se encuentren cuando se trate de supuestos que exijan una actuación inmediata por existir peligro para la vida o la integridad física*”

8.- SENTENCIA DEL TJUE DE 5 DE OCTUBRE DE 2010. ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA Y AUTORIZACIÓN PARA PRUEBAS MÉDICAS DE ALTO COSTE.

Aval judicial a la exigencia por parte de los Estados miembros, del requisito de la autorización previa para que un ciudadano pueda desplazarse al territorio de otro Estado miembro para la cobertura de la asistencia sanitaria no hospitalaria, y que requiera el uso de equipos materiales particularmente onerosos.

En el caso enjuiciado por el Tribunal, se cuestionaba por parte de la Comisión la existencia en el Ordenamiento francés de esta exigencia en los casos de asistencia sanitaria que requiere el uso de este tipo de equipos de gran complejidad -cámara hiperbárica, tomógrafo de positrones y aparato de formación de imágenes por resonancia magnética nuclear o de espectrometría para uso médico-. El TJUE advierte, en primer término, que la cuestión suscitada no se refiere a una supuesta vulneración del artículo 22 apartado primero letra c) del Reglamento 1408/71, sino que hay que contextualizar el fondo del asunto poniéndolo en relación con el art. 49 CE, es decir analizar la supuesta falta de conformidad con este artículo de la exigencia de una autorización previa para estos casos.

El TJUE considera perfectamente justificable la exigencia del requisito de la previa autorización teniendo en cuenta los costes que estos equipos representan y la necesidad de no poner en peligro la planificación que de estos recursos deben realizar los Estados, pues lo contrario, entender que la citada autorización supone en tales casos un obstáculo a la libertad de circulación de los pacientes, podría llevar a la infrautilización de estos equipos particularmente costosos. Hay que indicar que

estas apreciaciones son compartidas por el Abogado General en su escrito de conclusiones de 15 de julio de 2010 al afirmar que “*estoy de acuerdo en que no sería apropiado permitir que el requisito de autorización previa se aplicara a la prestación y obtención de servicios médicos que requieran el uso de equipos corrientes y de coste relativamente reducido. Sin embargo, los equipos materiales particularmente onerosos que son objeto del presente procedimiento de incumplimiento está lejos de ser equiparables a un aparato de rayos X. Dichos equipos se diferencian enormemente de los equipos disponibles en una consulta privada de un médico generalista (...) opino, de otro lado que la adquisición, instalación y uso de dichos equipos requieren una planificación similar a la de los servicios hospitalarios...*”

FARMACIA

1.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 1 DE JUNIO DE 2010. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE OFICINAS DE FARMACIA.

Se entiende que los módulos poblacionales y de distancia establecidos en la norma asturiana no restringen la libertad de establecimiento protegida por la normativa europea, siempre que se creen el número suficiente de farmacias en aquellos lugares con características demográficas particulares y, en segundo lugar, sobre la selección de los titulares de nuevos establecimientos farmacéuticos, entiende contrario al principio de no discriminación la ponderación más positiva de aquellos candidatos que han desempeñado su ejercicio profesional en el ámbito territorial del Principado de Asturias.

2.- SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA DE 7 DE DICIEMBRE DE 2010, SALA DE LO CONTENCIOSO, SOBRE EL DECRETO ANDALUZ QUE REGULA LA DISPENSACIÓN DE MEDICAMENTOS POR LA ENFERMERÍA

La cuestión central sobre la que versa el recurso interpuesto por el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Dentistas, por el que se impugna el Decreto 307/2009 por el que se define la actuación de las enfermeras y los enfermeros en el ámbito de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, es la falta de competencia

tanto de los profesionales sanitarios enfermeros para diagnosticar una enfermedad, como del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Andalucía para entrar a regular, a través de una disposición normativa con valor reglamentario, una materia como ésta, y sin que haya una ley estatal que así lo permita.

Por lo que se refiere al primer alegato, la Sala desmonta este primer argumento ya que el Decreto impugnado en ningún momento emplea el verbo “*diagnosticar*”, sino que deja bien claro que los enfermeros únicamente podrán indicar o usar medicamentos que no estén sujetos a prescripción médica conforme a la legislación vigente, algo que concuerda perfectamente con lo que dispone la Ley 29/2006. Es más, el Decreto tampoco atribuye a los enfermeros competencia para “prescribir”, en consonancia con lo que establece el modificado art. 77 de la Ley de Garantías y Uso Racional del Medicamento, según el cual los únicos profesionales con facultad para recetar medicamentos sujetos a prescripción son los médicos, odontólogos o podólogos en el ámbito de sus competencias respectivas, mientras que los enfermeros “*podrán indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica y los productos sanitarios, mediante la correspondiente orden de dispensación*”.

Respecto de la segunda alegación, la falta de competencia de la Junta de Andalucía para crear “ex novo” una competencia a favor de una profesión sanitaria distinta de la de médico/odontólogo, tampoco prospera, ya que como ha quedado expuesto, la disposición reglamentaria no permite a los enfermeros prescribir medicamentos, y por tanto no invade competencias propias del Estado. Es más, según la sentencia objeto de comentario, lo que el Decreto hace es atribuir a los enfermeros facultades acordes con el ámbito de actuación de los diplomados universitarios de enfermería, de conformidad con lo establecido en el art. 7.2.a) de la LOPS.

En estrecha relación con esta segunda línea argumental, el alegato de que se ha producido infracción del principio de reserva de ley al regular el ejercicio de una profesión sanitaria titulada por medio de una disposición reglamentaria. Tampoco encuentra la Sala razones para acoger esta alegación ya que, si bien es cierto que conforme a lo previsto en el art. 36 de la CE, la regulación del ejercicio de las profesiones tituladas constituye una

materia sujeta a reserva de ley, el TC ha admitido la presencia de disposiciones reglamentarias en este ámbito material siempre que a) no regulen la existencia misma de una profesión titulada; b) los requisitos y títulos necesarios para su ejercicio y c) su contenido o conjunto formal de actividades que la integran. Pues bien, el Decreto en cuestión, según la Sala, no afecta a ninguno de los tres ámbitos señalados, y por tanto estamos ante una materia susceptible de ser regulada a través de un reglamento, como por otra parte así lo acredita el hecho de que la propia Ley 29/2006 así lo admita al establecer que “*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 atención integral de salud y para la continuidad asistencial*”

En este sentido hay que resaltar la aprobación, y entrada en vigor, del RD 1718/2010, de 17 de diciembre sobre receta médica, que además proyecta su aplicación sobre la orden de dispensación hospitalaria, y sobre la orden de dispensación de enfermería, que alcanza a todo tipo de medicamentos y productos sanitarios al abrigo de la habilitación prevista en el art. 77.1 de la Ley 29/2006. No obstante, el Consejo de Estado en su dictamen de 18 de noviembre de 2010, ha señalado la conveniencia de que esta materia, por su importancia y trascendencia -es la primera vez que en el ordenamiento español se permite a los enfermeros indicar o autorizar la dispensación de medicamentos-, deba ser objeto de regulación en otro Real Decreto en el que se contenga una regulación más detallada de las órdenes enfermeras de dispensación.

PERSONAL

1.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 23 DE FEBRERO DE 2010. IMPORTANCIA DEL PROCEDIMIENTO CONTRADICTORIO PARA ACORDAR EL CESE DE UN EMPLEADO AÚN CUANDO SE TRATE DE PUESTO INEXISTENTE.

La sentencia entra a valorar si, la actuación de la Gerencia del Hospital de Palencia, es o no ajustada a Derecho, en concreto la resolución por la que se revoca la decisión por la que se adjudicaba definitivamente, por movilidad interna, el puesto de celador encargado de turno.

La resolución impugnada se adoptó sin haberse seguido por la Administración un procedimiento contradictorio en el que se hubiese dado trámite de audiencia al interesado, algo que a juicio del juzgador de instancia, y de la propia Administración, carece de relevancia, toda vez que a la vista de la plantilla del hospital, el puesto en cuestión no existe ni existía como tal, sino únicamente el puesto de "celador", por lo que tan sólo se habrían encomendado al interesado no un puesto de trabajo como él alega, sino unas determinadas funciones.

Distinto es el parecer de la Sala del TSJ, ya que el hecho de que no existiera tal puesto en la plantilla no permite considerar que no debiera haberse seguido un procedimiento contradictorio, pues:

- a) La propia administración había creado la apariencia de que tal puesto existía al haber dictado las resoluciones administrativas en cuestión.
- b) La provisión de un puesto de estas características, a tenor de lo previsto en la normativa sectorial (fundamentalmente el RD-Ley 1/99), debe efectuarse a través del sistema de concurso, no del sistema de libre designación, luego el cese tampoco debe ser discrecional, sino que requeriría, en todo caso, la tramitación del procedimiento contradictorio.

En conclusión, una vez más los Tribunales nos recuerdan que las cuestiones formales importan tanto como las de índole material o sustantivo, hasta el punto que el cese de un empleado en un puesto inexistente debe ajustarse a las reglas procedimentales que determina la normativa de función pública.

2.- STS DE 4 DE MAYO DE 2010. EL CONTRATO DE OBRA Y SERVICIO EN LA ADMINISTRACIÓN.

La relevancia de este fallo se ve minorada tras la reciente reforma laboral con la consiguiente limitación temporal a 2 años de la vigencia de los contratos de obra y servicio, aunque no por ello pierde interés debido al recurrente empleo que hace la Administración Pública del contrato laboral de obra y servicio.

El TS declara el carácter indefinido de la relación laboral de tres monitores de formación ocupacional del centro penitenciario para hombres de Barcelo-

na, con los que se había celebrado contrato de obra y servicio, ya que no concurren las dos notas esenciales:

- a) Actividad ajena a la propia de la empleadora
- b) Actividad de duración limitada, aunque incierta.

Con este pronunciamiento, habría que dar por superada la doctrina del TSJ de Castilla-La Mancha recogida en la sentencia de fecha 9 de febrero de 2001. En el caso enjuiciado por la Sala se trataba de dos auxiliares que fueron contratados por obra y servicio para la prestación de servicios de auxiliar psiquiátrico en el Centro de Atención a la Salud, a fin de reforzar la plantilla. Los actores comienzan a prestar sus servicios en el CAS de Albacete, y luego en la Unidad de Hospitalización Psiquiátrica del Hospital Perpetuo Socorro (Albacete), cubriendo turnos de mañana, tarde y noche, en idénticas condiciones que el resto de profesionales de igual categoría.

Pues bien, el TSJ de Castilla-La Mancha, en relación con la utilización del contrato de trabajo de obra y servicios para tales menesteres, afirma que la modalidad de contratación temporal por obra o servicio, pese a que en principio, no puede utilizarse para la realización de trabajos normales y permanentes de la empresa, sí se ha venido admitiendo su uso para ser aplicada a la realización de actividades que forman parte del ciclo habitual de la misma, siempre que el trabajo contratado quede perfectamente determinado o delimitado. Y continúa diciendo que lo característico del contrato, es que la vida de la relación laboral se ligue al tiempo que dure la realización de las obras o servicios, por lo que puede celebrarse aún tratándose de actividades normales y permanentes de la empresa, salvo que concurra el propósito fraudulento de poder finalizar los contratos libremente, en cuyo caso el contrato deviene en indefinido.

3.- SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2010 DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN. EXENCIÓN DE GUARDIAS POR RAZÓN DE LA EDAD (55 AÑOS)

La sentencia analiza los efectos del silencio administrativo ante una solicitud de exención de guardias realizada por un facultativo, que no obtiene respuesta expresa por parte de la Administración. Ante esta situación, el Tribunal aplica la regla del

silencio positivo según la Ley 30/1992, ya que la normativa regional sobre adecuación del sentido del silencio en los procedimientos administrativos no prevé nada al respecto.

La segunda parte de la sentencia analiza el alcance del silencio administrativo, para señalar que la vigencia temporal de la estimación de la solicitud formulada, debe ser de un año a tenor de lo dispuesto en la Resolución de 8 de agosto de 1997, y no con efectos permanentes en el tiempo.

4.- SENTENCIA DE TSJ DE EXTREMADURA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2009. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y REGIMEN DISCIPLINARIO POR EXRESIONES PROFERIDAS HACIA LA PERSONA DEL GERENTE DEL HOSPITAL.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 10 de noviembre de 2009, se apoya en la doctrina constitucional según la cual *“no puede estar amparado por la libertad de expresión quien, al criticar una determinada conducta, emplea expresiones que resultan lesivas al honor de quien es objeto de la crítica, aun cuando tenga carácter público. Y pese a que la situación del funcionario en orden a la libertad de expresión es hoy en día mucho más próxima que antaño a la de cualquier ciudadano (STC 81/1983, de 10 de octubre) no es menos cierto que el artículo 103.1 de la Constitución introduce un principio de jerarquía en el ámbito de las relaciones internas de la Administración (STC 101/2003, de 2 de junio) que se traduce en la existencia de límites específicos al ejercicio de ese derecho constitucional. Límites que, sin embargo, dependerán de manera decisiva del tipo de funcionario de que se trate”* (SSTC 371/1993, de 13 de diciembre), para considerar que, la conducta protagonizada por el facultativo sancionado, no encuentra amparo en el derecho fundamental del art. 20 de la CE.

En el caso de autos, el facultativo acusa por escrito al Gerente del Hospital de intentar permanentemente alterar su equilibrio, con la evidente intención de favorecer un error médico que le facilitara una resolución de cese, de manipulación caprichosa de los permisos y licencias, y además de mostrar un comportamiento despótico, amenazante, manipulador y prepotente.

La Sala considera que tales expresiones proferidas tienen la suficiente entidad como para incluirse en la tipificación realizada de *“falta de consideración con los superiores, compañeros, subordinados o usuarios”* prevista en el art. 72.3.d) del EM. Son *“expresiones ofensivas al honor y dignidad de sus destinatarios, excesivas y desproporcionadas, realizadas con una clara intención de menospreciar y desacreditar. No pueden justificarse por el contexto de enfrentamiento existente en el Hospital, ni pueden considerarse producto de un acaloramiento momentáneo y pasajero, como lo demuestra el hecho de que se profieran por escrito y, por tanto, de forma meditada”*.

5.- SENTENCIA DEL TS SOBRE LA JUBILACIÓN PARCIAL DEL PERSONAL ESTATUTARIO A RAÍZ DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL SESCAM.

El Supremo estima los recursos de casación interpuestos por el INSS y el SESCAM aplicando la doctrina del TS recogida en su sentencia de 22 de julio de 2009, que básicamente, viene a establecer la imposibilidad de que el personal funcionario y estatutario pueda acceder a esta modalidad de jubilación en los términos previstos en la LGSS por encontrarse regulada tan solo para el personal laboral (trabajadores) y, además, estar supeditada su regulación para el personal funcionario y estatutario a un posterior desarrollo reglamentario, como así se desprende tanto de la redacción del art. 26.4 del Estatuto Marco (EM) como de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 40/2007.

Llama la atención que entre los argumentos esgrimidos por el TS se incluya que *“El EM aunque contempla esta posibilidad (la jubilación parcial) la condiciona a que quienes tengan competencias para hacerlo así lo determinen en su ordenamiento específico como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos”*, ignorando que la propia Sala ya había declarado en sentencia de 9 de febrero de 2010, que tanto el EM como el EBEP contemplan dos modalidades distintas de jubilación parcial:

- a) Una, en la que en efecto, la jubilación parcial se enmarca dentro de la planificación de los recursos humanos que establezca la propia Administración
- b) Otra, en la que la jubilación parcial, está prevista como una iniciativa del funcionario, sin incluir

la exigencia de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos.

6.-SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 2010 DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA. EL NON BIS IN IDEM Y LA POTESTAD DISCIPLINARIA

La presente sentencia analiza la incidencia que tiene el principio “*non bis in idem*” en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos. En el caso de autos se discutía la posible vulneración del citado principio por existir dos resoluciones condenatorias por la comisión de unos mismos hechos -insultos y vejaciones a una compañera de trabajo-, una en sede penal, y otra en vía administrativa tras la instrucción del correspondiente expediente disciplinario.

El TSJ considera que no cabe hablar de violación del principio “*non bis in idem*” ya que en el ámbito de los empleados públicos, “*la imposición de dos penas (una administrativa disciplinaria y otra penal) no vulnera el principio del non bis in idem (...) en definitiva, el derecho disciplinario en el ámbito concreto de la función pública persigue, más que el restablecimiento del orden social quebrantado –como sucede en el derecho penal, la salvaguardia del prestigio y dignidad de la Administración y la garantía de la correcta actuación de sus empleados públicos*”.

La sentencia no efectúa la distinción que ya hiciera el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de junio de 1998, de valorar la posible vulneración de este principio atendiendo a si son idénticos o no los intereses jurídicos protegidos teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

7.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2010 VERSUS SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE FECHA 26 DE MAYO DE 2010. CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO Y STJUE DE 22 DE DICIEMBRE DE 2010. RETROACTIVIDAD DE LOS EFECTOS ECONÓMICOS DERIVADOS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL PERCIBO DE TRIENIOS POR EL PERSONAL ESTATUTARIO TEMPORAL.

PRIMERO.- La cuestión central consiste en determinar si es posible o no, acordar la retroacción de los efectos económicos derivados del reconoci-

miento de trienios al personal estatutario temporal, sobre todo si tenemos en cuenta que el art. 25.2 del EBEP, -disposición legal que, en contra de lo que establece el art. 44 del EM, sí que reconoce expresamente el percibo de esta retribución básica a los funcionarios interinos-, dispone que los trienios únicamente tendrán efectos retributivos a partir de la entrada en vigor del EBEP.

SEGUNDO.- La solución a la que llegan ambos Tribunales es radicalmente distinta. Para el TSJ de Castilla-La Mancha, la clave radica en lo que a este respecto dispone la Directiva comunitaria 1999/70, del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, disposición que, pese a no haber sido transpuesta a nuestro Ordenamiento Jurídico por el Estado Español, sí que puede ser perfectamente traída a colación, no ya solo por el hecho de que ya ha sido invocada por nuestros Tribunales de Justicia, y en particular por el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de mayo de 2008 y Auto de 31 de enero del mismo año, ambas resoluciones dictadas por la Sala de lo Social, para reconocer la equiparación expresa en derechos y condiciones de trabajo entre trabajadores fijos y temporales, sino fundamentalmente, porque cabría defender la extensión de sus efectos jurídicos en virtud de la doctrina de la “*eficacia directa vertical*”, por la que se impone al juez nacional la aplicación de disposiciones de una directiva cuyo contenido sea preciso e incondicional. Para avalar la aplicabilidad de la Directiva, el TSJ se sirve de dos sentencias del TJUE:

A) Como ejemplo de la aplicabilidad de la directiva en cuestión al personal estatutario temporal, el TSJ de Castilla-La Mancha cita la sentencia de TJUE de 13 de septiembre de 2007, dictada a raíz de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de San Sebastián, en el marco de un litigio entre una trabajadora del Servicio Vasco de Salud que solicitaba el pago de los trienios vencidos durante el año anterior a su nombramiento como personal fijo de plantilla, y en el que tuvo la condición de personal estatutario temporal.

Llegados a este punto, quisiera hacer un inciso para mostrar cuál es el parecer del TSJ de Castilla-La Mancha sobre la pugna normativa existente entre el EBEP y el EM. La Sala considera que, en relación con la oposición existente entre ambas disposiciones legales en torno al derecho al perci-

bo de trienios por personal temporal, debe ser de aplicación preferente el EBEP ya que “...de acuerdo con la cláusula general derogatoria establecida en el apartado g) de la Disposición Derogatoria Única del Estatuto aprobado por la Ley 7/2007 de 12 de abril, quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en este Estatuto. Por lo tanto, nos hallaríamos ante un supuesto de derogación del precepto invocado por la Administración apelante...”

B) El mismo Tribunal supranacional, en sentencia posterior de fecha 15 de abril de 2008, dejó sentado el carácter incondicional y suficientemente precisa de la Directiva en cuestión para poder ser aplicada directamente por los jueces nacionales, señalando además, que tanto la Directiva como el Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada del que trae su origen, y que figura como anexo en la propia directiva, “*se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público*”.

Como colofón, el Tribunal castellano-manchego recuerda que nuestro TC ya ha proclamado que “*la temporalidad de un contrato no puede tener la consideración de justificación objetiva y razonable para que a trabajo igual no se pague un salario igual*” (STC de 31 de mayo de 1993), y que el propio TS también ha reconocido el principio de igualdad retributiva entre el personal temporal y fijo tanto en su Sala Social, como en la Contencioso-Administrativa (Sentencias de 22 de noviembre de 1994 o la de 9 de mayo de 1995), de modo que no existiría una justificación de un trato diferente por razones objetivas, lo que conduce a afirmar que “*...los efectos económicos no prescritos han de ser necesariamente reconocidos, en aplicación de la Directiva 1999/70 CE (...) significando que en cuanto al plazo de prescripción no se discute el plazo de cuatro años (art. 25 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria)*”.

TERCERO.- Pero, ¿qué dice el Tribunal Superior de Justicia de Galicia?

El TSJ conoce del recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el juzgado de lo contencioso-administrativo, que emplea la misma argumentación que el TSJ de Castilla-La Mancha para admi-

tir la retroactividad de los efectos económicos derivados del reconocimiento de trienios al personal estatutario temporal por aplicación directa de la Directiva Comunitaria.

Sin embargo, el TSJ de Galicia muestra otra visión de este mismo asunto al invocar una sentencia del TJUE que adquiere un protagonismo clave para la resolución de la cuestión controvertida. Se trata de la STJUE dictada en el asunto Impact, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal irlandés sobre la interpretación de las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, al declarar que, un Tribunal nacional, ante el que se ha interpuesto una demanda por violación de una norma de derecho nacional por la que se adapta el contenido de la Directiva 1999/70, sólo está obligado en virtud del derecho comunitario a conferir a dicha disposición un efecto retroactivo a la fecha de expiración del plazo de transposición (10 de julio de 2001), si existiese en derecho interno una indicación de esta naturaleza que permita tal efecto retroactivo. Pero es que, en el presente caso, la norma de derecho interno aplicable, a saber, el art. 25.2 del EBEP, niega expresamente el carácter retroactivo a los efectos retributivos de los trienios, por lo que “*no cabe duda alguna de que se trata de una norma válida que no entra en colisión con el derecho comunitario*”. Así pues, teniendo en cuenta que “*nuestro Ordenamiento Jurídico rige el principio general de irretroactividad de las normas que se recoge en el artículo 2.3 del C.C. Este principio tiene su reflejo en el art. 25.2 del EBEP, ha de conducir a la declaración de conformidad a Derecho del acto impugnado, que se limitó a aplicar la norma; lo que da lugar a su vez a la estimación del recurso de apelación*”.

Pero, además de la sentencia dictada en el caso Impact, principal baza del TSJ de Galicia para desmontar los argumentos de la parte recurrente de que se proceda a la aplicación directa de la Directiva, y por tanto, de importancia decisiva como ya ha quedado expuesto, el TSJ de Galicia también difiere del TSJ de Castilla-La Mancha en dos aspectos:

- a) La importancia que confiere el TSJ de C-LM a la STJUE de 13 de septiembre de 2007 -sentencia por la que se reconocía el derecho al percibo de trienios del personal estatutario temporal a raíz de la cuestión

prejudicial planteada por un juzgado de San Sebastián-

- b) La doctrina del TC sobre el diferente régimen retributivo del personal funcionario de carrera y el personal funcionario interino.

Respecto de la primera sentencia, el TSJ de Galicia relativiza considerablemente la trascendencia de esta sentencia por dos motivos:

1º. Porque, cuando se dictó esta sentencia, aún no se había aprobado el EBEP, primera ley en nuestro país en la que se predica de forma expresa respecto del personal estatutario su condición de personal funcionario. Por aquel entonces aún se hablaba del personal estatutario como un “*tertium genus*”, y el orden jurisdiccional competente para conocer de sus cuestiones litigiosas era el orden social.

2º. Porque dicha sentencia nada resuelve sobre la posibilidad de aplicar o no, con carácter retroactivo, el reconocimiento de trienios.

Sobre la doctrina del TC, en relación con la aplicación del principio de igualdad de trato en las condiciones laborales y retributivas del personal temporal, el TSJ de Galicia aporta resoluciones de fechas más recientes, como el Auto 122/2008 -dictado cuando ya había recaído la STJUE por la que se reconocía el personal estatutario temporal el derecho al percibo de trienios-, en el que se dice expresamente que “*el funcionariado o personal interino presenta unas importantes peculiaridades con respecto al funcionariado de carrera que hacen objetivo y razonable un tratamiento diferenciado en materia retributiva entre una y otra categoría de personal al servicio de la Administración*”, o el Auto 183/2005, de 9 de mayo, en el que se afirma que “*la doctrina contenida en la STC de 24 de julio de 2000, aunque considerase que un tratamiento diferenciado entre los funcionarios de carrera y los interinos de larga duración con respecto reconocimiento específicamente del derecho a la excedencia para el cuidado de los hijos menores pudiese ser contrario ala art. 14 de la CE, no conduce a afirmar que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas(...). Por ello el diferente tratamiento dispensado en el caso concreto en materia retributiva entre el funcionario de carrera y el personal interino resulta plenamente objetivo y razonable*”.

CUARTO.- A mi modo de ver, la sentencia del TSJ de Galicia resulta más acertada y acorde con los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo, como sería el caso de la Sentencia de 20 de enero de 2010, por la que se declara que no procede el reconocimiento y abono de la carrera profesional al personal laboral temporal, el cual, en virtud de lo previsto en su contrato de trabajo, se rige por el sistema retributivo estatutario. El Supremo trae a colación en esta última resolución, la doctrina del TC expresada en dos autos de 3 de Julio de 2008, sobre el derecho a la carrera profesional por parte del personal estatutario temporal con nombramiento interino, para estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Madrileño de la Salud.

También se podría citar la STS de 3 de septiembre de 2010, que a raíz del recurso de casación interpuesto contra la sentencia que anula parcialmente el Decreto 2/2002, que aprobó el Reglamento de Ingreso, promoción interna, provisión de puestos y promoción profesional de los funcionarios de Andalucía, estima el recurso de la Junta de Andalucía, y declara que es jurídicamente viable valorar de manera distinta la antigüedad según se haya acreditado que los puestos se han adquirido con carácter definitivo o provisional, frente a las pretensiones defendidas por la Asociación de Interinos de Sevilla y Federación de Asociaciones de Interinos de Andalucía. Estos últimos consideraban que se estaba vulnerando la normativa de derecho comunitario, ya que la Directiva 1999/70 establece que “*Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengán justificados por razones objetivas*”.

Como dice el Supremo en esta sentencia que traigo a colación, “*aunque ciertamente en cualquier actuación administrativa de nombramiento funcional deben regir los principios constitucionales de mérito y capacidad, ello no significa que los procesos de designación sean iguales y tengan el mismo nivel exigencia en lo relativo a la publicidad y a los méritos valorables, pues es una obviedad que existen diferencias entre, de un lado, los procesos selectivos que son seguidos para el acceso como funcionario de carrera y para la provisión de puestos con carácter definitivo y, de otro,*

los que son aplicados para nombramientos temporales o de funcionarios interinos”.

QUINTO.- Sin embargo, y pese a todo lo anterior, la reciente Sentencia del TJUE, de 22 de Diciembre de 2010, supone un espaldarazo definitivo a la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, y da al traste con los razonamientos expuestos por el TSJ de Galicia avalados, a mi modo de ver, también por el Tribunal Supremo.

La STJUE se dicta con ocasión de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso nº 3 de A Coruña en relación con la demanda presentada por la Sra Gavieiro, que en el momento de interponer el recurso, prestaba servicios para la Consellería de Educación como funcionaria en prácticas, y que había trabajado como profesora interina para la misma Administración durante 9 años. La interesada solicita que se le reconozcan y abonen con carácter retroactivo los trienios que aún no se encontraban prescritos.

La sentencia declara que:

- a) El personal interino al servicio de una Administración Autonómica como la de Galicia, está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70. (En este punto coinciden los Tribunales nacionales)
- b) El dato de la mera naturaleza temporal de la relación de servicio de los empleados públicos, no supone por sí sola, una razón objetiva, en el sentido de justificar la diferencia de trato en relación al pago de complementos salariales por antigüedad. (Sobre este punto, tampoco hay discrepancia con el criterio de nuestros Tribunales de Justicia, y en concreto con la doctrina del TC)
- c) La mera circunstancia de que una disposición nacional como el art. 25.2 del EBEP no contenga ninguna referencia a la Directiva 1999/70, no excluye que dicha disposición pueda ser considerada una medida nacional de transposición de esta Directiva al Derecho interno. (Coincide con la sentencia del TSJ de Galicia).
- d) La Eficacia directa de la Directiva. La cláusula 4 apartado del Acuerdo Marco que recoge la Directiva, que prohíbe de manera general y en términos inequívocos cualquier diferencia de trato no justificada

objetivamente, tiene un contenido suficientemente preciso para que pueda ser invocada y aplicada por un juez nacional y *“no confiere en modo alguno a los Estados miembros la facultad de condicionar o de restringir, al adaptar el Derecho interno a dicha disposición, el alcance de la prohibición que impone en materia de condiciones de trabajo”*.

- e) Inaplicación de la doctrina de la sentencia Impact, ya que en esta sentencia la cuestión planteada giraba en torno a la competencia del tribunal nacional para conocer de las pretensiones de la demandante.

Las conclusiones recogidas en los apartados d) y e) adquieren una relevancia singular ya que desmontan los argumentos claves empleados por el TSJ de Galicia para rechazar la retroactividad de los efectos económicos derivados del reconocimiento de trienios, de modo que como dice el TJUE, *“En estas circunstancias(...) a pesar de la existencia en la normativa nacional que transpone la Directiva 1999/70 al Derecho interno de una disposición que reconoce el derecho de los funcionarios interinos al pago de trienios, pero que excluye la aplicación retroactiva de ese derecho, las autoridades competentes del Estado miembro de que se trata, están obligadas, en virtud del Derecho de la Unión y en relación con una disposición del Acuerdo Marco dotada de efecto directo, a conferir a este derecho al pago de trienios efecto retroactivo desde la fecha de expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de esta Directiva al Derecho interno”*.

8.- STSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 31 DE MARZO DE 2010. UNIDADES TEMPORALES DE CÓMPUTO DE SERVICIOS PRESTADOS A EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE ANTIGÜEDAD.

No procede admitir el cómputo en horas de los servicios prestados a los efectos del reconocimiento de la antigüedad con arreglo a lo dispuesto en la Ley 70/78.

En el caso de autos, al apelado manifestaba haber trabajado realizando jornadas de refuerzo que debían computarse, no en días, sino en horas, fijando una equivalencia entre 150 horas de refuerzo con un mes de servicios prestados. Para ello se sirve de la doctrina sentada en relación con los médicos de

refuerzo, según la cual, el alta en el RGSS debe mantenerse durante todos los días naturales del mes, y sólo una vez que cese la relación laboral de los profesionales médicos, podrá producirse la baja.

Con la aplicación de esta doctrina, debe realizarse un nuevo cómputo que incluya los períodos prestados como personal de refuerzo como un solo período sin solución de continuidad, pero eso sí, dicho cómputo debe estar referido necesariamente, a las unidades temporales que marca la Ley 70/78: años, meses y días, más no horas.

9.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 21 DE DICIEMBRE DE 2009 SOBRE VALORACIÓN DE LOS SERVICIOS PRESTADOS EN EL SECTOR PRIVADO A LOS EFECTOS DE BOLSA DE TRABAJO TEMPORAL.

Recurso contencioso-administrativo promovido por el sindicato CESM de Castilla y León contra la Orden por la que se convoca proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de Facultativo Especialista en Psiquiatría, del Servicio de salud de Castilla y León, así como para la constitución de bolsas de empleo de esta especialidad. Fue solicitada medida cautelar, que mediante auto, deniega el TSJ tras declarar, entre otros pronunciamientos, que una cosa es que no se valore la experiencia en instituciones privadas y otra es que se valore menos que la conseguida en las públicas, existiendo una razón justificativa de carácter objetivo para esto último: el marco donde se realizan las funciones es distinto y pertenece a una red o sistema sanitario diferente.

Ahora bien, semejante afirmación debe ser matizada si tenemos en cuenta las recientes sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (21 de diciembre, 20 de julio y 2 de marzo de 2009), en las que se señala, respecto de la diferente valoración del tiempo de servicios prestados en la sanidad privada, que *“desde el momento en que se bareman esos servicios en instituciones sanitarias privadas es porque se considera por parte de la Administración que la experiencia adquirida en ese ámbito supone un mérito y capacidad digno de atención para el desempeño de funciones de idéntico contenido en el ámbito funcional público; de lo contrario sobraría todo tipo de puntuación. La cuestión que se plantea por*

el Juzgado promotor de la cuestión es la patente desproporción que existe en la valoración de esa experiencia (0,3) con relación a otros servicios profesionales en el ámbito del Sistema Nacional de Salud que no guarden relación con el ámbito sanitario (0,5). Es contrario al principio de mérito y capacidad que se valoren más los servicios administrativos sin contenido sanitario con relación a aquellos desempeñados en el ámbito sanitario privado

10.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 2010. VACACIONES E IT.

Una vuelta de tuerca más. El Supremo, de acuerdo con la doctrina que ya ha fijado en sentencias anteriores sobre el disfrute de las vacaciones cuando dicho período coincide con una incapacidad temporal, estima ahora la pretensión del actor, con categoría profesional de veterinario, que permaneció de baja durante el mes que había fijado para el disfrute de sus vacaciones anuales. Ante la imposibilidad de disfrutar de dicho período, el trabajador solicita una indemnización por los daños y perjuicios derivados de las vacaciones no disfrutadas, lo que nuestro Alto Tribunal acuerda estimar en concepto de compensación económica.

11. SENTENCIA DEL TSJ DE ASTURIAS DE 30 DE ABRIL DE 2010. LA LIBRE DESIGNACIÓN COMO FORMA EXCEPCIONAL DE PROVISIÓN DE PUESTOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La sentencia anula el Acuerdo del Consejo de Gobierno asturiano, de 15 de mayo de 2008, por el que se aprueba la Relación de Puestos de Trabajo del Personal Funcionario, por entender que se hace un uso indebido del sistema de libre designación. La sentencia recuerda que el sistema de libre designación se configura como excepcional, tanto en la Ley 30/84, como ahora en el EBEP, y además, la Ley de Función Pública de la Comunidad también regula este sistema con el mismo carácter. El TS ha señalado, a su vez, respecto de este sistema de provisión, que:

- a) Tiene carácter excepcional, en la medida que completa el método normal de provisión que es el concurso.
- b) Se aplica a puestos determinados en atención a la naturaleza de sus funciones.

c) Sólo entran en tal grupo los puestos directivos y de confianza que la Ley relaciona (Secretarías de altos cargos y los de especial responsabilidad).

d) La objetivación de los puestos de esta última clase ("especial responsabilidad") está incorporada a las relaciones de puestos de trabajo, que deberán incluir, "en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos" y serán públicas. Apoyándose en estos fundamentos, la sentencia anula la provisión por este sistema de puestos como: a) Coordinador Jurídico; b) Jefe/a del Servicio Jurídico del Principado de Asturias; c) Jefe/a Servicio de Régimen Jurídico y Normativa; d) Letrado/a Coordinador/a Área Consultiva.

12.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 16 DE ABRIL DE 2010 SOBRE DISFRUTE DEL DESCANSO DE 12 HORAS TRAS LA REALIZACIÓN DE UNA JORNADA ORDINARIA SEGUIDA DE UNA JORNADA COMPLEMENTARIA.

La recurrente, trabajadora estatutaria de la Gerencia de Atención Primaria de Soria, solicita que se declare su derecho al descanso diario retribuido de doce horas ininterrumpidas tras la realización de jornada ordinaria y jornada complementaria, citando al efecto la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 20 de julio de 2009 (publicada y comentada en números anteriores). En esta última sentencia, se analizaba la viabilidad jurídica de las programaciones mensuales de servicios acordadas por la Gerencia del Hospital de Guadalajara, en las que se preveía que se podía excepcionar el derecho al descanso entre jornadas en dos ocasiones y sin interrupción: en una primera ocasión, cuando enlaza una jornada ordinaria con otra complementaria o de guardia médica, y en una segunda ocasión, al enlazar el término de la jornada de guardia con una tercera jornada, en este caso ordinaria.

La Sala, tras analizar el art. 52, que consagra con carácter general el derecho al disfrute de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 12 horas entre el fin de una jornada y el comienzo de otra, y en particular su apartado 3.b (relativo a la posibilidad de reducir dicho descanso "cuando se sucedan, en un intervalo inferior a 12 horas, tiempos de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, jornada complementaria, o en su caso, jornada especial"), y apartado 4 (que prevé que en estos casos sea de aplicación el régimen de compensa-

ción establecido en el art. 54), concluye que lo que el artículo 53.3b) ampara sería exclusivamente el supuesto de la realización de una jornada ordinaria a la que le sucedería una jornada complementaria, pero en modo alguno estaría comprendido dentro de dicho precepto las programaciones en las que se establezca la realización de tres jornadas seguidas, una ordinaria, una complementaria y otra tercera ordinaria sin solución de continuidad.

En definitiva, la excepción del art. 52.3.b) del EM se consume por una sola vez, y es para este supuesto para el que está previsto la aplicación del régimen de descansos compensatorios del art. 54 del EM, de modo que "el descanso deberá ser disfrutado inmediatamente después de la guardia realizada, tras 24 horas de trabajo continuado sin posibilidad de acumular otra jornada ordinaria hasta tanto se hayan disfrutado las 12 horas de descanso ininterrumpido correspondiente a la primera jornada ordinaria".

El TSJ de Castilla y León acoge los argumentos de la sentencia antes citada, y estima parcialmente el recurso, pues entiende que lo que solicita el interesado va más allá de lo que recoge la sentencia de referencia al pretender que se le reconozca también el derecho al descanso diario "retribuido". "*Una cosa es que se reconozca el derecho al descanso sin merma de las retribuciones ordinarias que se vinieran percibiendo, y otra distinta es que ese descanso sea retribuido específicamente*".

En efecto, el recurrente solicita además, que tal descanso se compute como jornada trabajada, pues no sería descanso real y efectivo si hay que recuperarlo. La Sala por el contrario entiende que "*en el ámbito en el que nos movemos en que las jornadas de trabajos se miden por lo general en términos de globales de horas a prestar en tiempos determinados respetando las duraciones máximas de jornadas y los descansos mínimos, decir que ha de considerarse como jornada efectivamente trabajada es añadir un plus al derecho al descanso pues supone que esas horas de descanso se consideren como efectivamente trabajadas a efectos de cómputo de horarios máximos*".

Si a lo que se refiere la sentencia es a que no puede existir una retribución específica para el día de descanso, hay que advertir que el TS ya lo ha dejado dicho en varias ocasiones, al señalar que *no se tiene derecho a la percepción del citado comple-*

mento de atención continuada en los días de libranza compensatoria porque el mismo ya ha sido percibido al efectuar el trabajo en las horas nocturnas", y que este criterio se aplica también a los días festivos y de libre disposición. Ello es así, porque "el tiempo de trabajo del personal sanitario de la Seguridad Social se fija en un número determinado de horas al año" y "para el cálculo de estas horas se tiene en cuenta el número de días laborales (diferente para el turno de día, el nocturno y el rotatorio), descontados los de descanso, entre los que se incluyen los festivos y los de libre disposición". Por ello, se concluye que "el abono de estos días con el complemento de atención continuada significaría una duplicación injustificada del mismo (STS de 20 de julio de 2001).

Sin embargo todo apunta a que, la sentencia objeto de comentario se está refiriendo, más bien, a que no merece la condición de tiempo de trabajo efectivo, como así lo confirma el art. 58.2 del EM, y ya lo dijera el TS en su sentencia de fecha de 11 de diciembre de 2002 dictada en casación para la unificación de doctrina, si bien esta última sentencia, en cambio, sí que computaba, a los efectos de la jornada, los días de descanso laborales posteriores a la guardia, al señalar que "Para el calculo de la jornada ordinaria solo son computables, como es sabido, las horas de trabajo efectivo, y los días laborales posteriores a las guardias que se descansan; pero no las horas de atención continuada ni el descanso semanal obligatorio que, por su propia naturaleza, no es tiempo de trabajo efectivo y debe disfrutarse en todo caso y al margen del número de horas trabajadas durante la semana que le precede".

13.- STS DE 20 DE ENERO DE 2010. TEMPORALIDAD Y CARRERA PROFESIONAL EN EL SECTOR SANITARIO

No procede el reconocimiento y abono de la carrera profesional al personal laboral temporal, que en virtud de lo previsto en su contrato de trabajo, se rige por el sistema retributivo estatutario. El Supremo trae a colación la doctrina del TC expresada en dos autos de 3 de Julio de 2008 sobre el derecho a la carrera profesional por parte del personal estatutario temporal con nombramiento interino, para estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Madrileño de la Salud.

14.- STS DE 10 DE MARZO DE 2010. PROLONGACIÓN DE LA PERMANENCIA EN SITUACIÓN DE SERVICIO ACTIVO DE PERSONAL ESTATUTARIO HASTA LOS SETENTA AÑOS DE EDAD.

El caballo de batalla de la cuestión litigiosa suscitada no es otro que la interpretación que merece el art. 26.2 del EM y, en particular, la importancia que revisten las necesidades organizativas a la hora de limitar este derecho del personal estatutario, y si deben estar obligatoriamente recogidas o no en un Plan de Ordenación de Recursos Humanos previamente aprobado.

El Supremo entiende que, ante la solicitud del interesado, la Administración debe pronunciarse sobre su concesión o denegación "en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos", de modo que la Administración tiene que motivar su decisión sobre la prolongación solicitada. El referido precepto no faculta a la Administración para decidir libremente sobre la denegación de la solicitud sin necesidad de una motivación sobre ella.

Este deber de motivar la decisión sobre la base de las necesidades de la organización, no pugna con la potestad de autoorganización de la Administración. En efecto, la Administración en el ejercicio de tal potestad, está facultada para acotar las necesidades de interés general que deben ser atendidas por la acción administrativa, lo que nadie discute, pero ello no obsta para que, como requisito necesario de validez, la denegación administrativa de una solicitud de prolongación de permanencia en situación de activo debe apoyarse en unas concretas necesidades, que deben estar recogidas en un plan de ordenación de recursos humanos, y sobre cuyo contenido no se ponen límites a la Administración.

Un buen ejemplo lo constituye el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Cántabro de Salud, recientemente sometido a examen por el TSJ de Cantabria en sentencia de fecha de 2 de marzo de 2010. Esta sentencia, al margen de otras consideraciones, avala el Plan de Recursos Humanos elaborado por la Comunidad de Cantabria, así como la definición que hace de las "necesidades asistenciales", sobre las que debe descansar necesariamente la motivación de la autorización/denegación de la prórroga solicitada.

15.- STS DE 20 DE ENERO DE 2010. ACREDITACIÓN DE LA CONDICIÓN DE MINUSVÁLIDO EN PROCESO SELECTIVO.

El TS considera que no resulta contrario a Derecho que se aprueben unas bases para un proceso selectivo en las que se establezca que el personal que pretenda participar en dicho proceso en su condición de minusválido, aporte, junto con la solicitud, un informe que acredite su compatibilidad para el desempeño del puesto al que opta, es decir, con anterioridad al inicio del proceso.

El TS invoca la normativa estatal, de aplicación con carácter supletorio en el ámbito autonómico, y considera que el art. 18.2 del RD 364/1995 no impide que la acreditación de los requisitos exigibles pueda ser controlada al inicio de las pruebas, ya que el referido precepto reglamentario se limita a disponer que, para ser admitido y, en su caso, tomar parte en las pruebas selectivas correspondientes, bastará con que los aspirantes manifiesten en sus solicitudes de participación que reúnen todas y cada una de las condiciones exigidas, referidas siempre a la fecha de expiración del plazo de presentación.

Es más, a juicio del TS la regla que recoge la citada norma reglamentaria *“no es una regla favorable a los participantes, pues puede ocurrir que quienes han superado un proceso selectivo, se ven “a posteriori” sin la posibilidad de acceder al puesto de trabajo, como consecuencia de la falta de algún requisito o presupuesto. En consecuencia, el que las bases de un proceso selectivo, dentro del ámbito de discrecionalidad que ha de atribuírsele, prevean la anticipación de dicha acreditación no es contrario a dicho precepto”*

PROFESIONES SANITARIAS

1.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, POR LA QUE SE ANULA PARCIALMENTE LA ORDEN MINISTERIAL DE 29 DE MAYO DE 2006.

El Boletín Oficial del Estado de 18 de Mayo de 2010, ha publicado el fallo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en la que estima "en parte" el recurso interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos contra la Orden SCO/174/2006, que mo-

dificaba los anexos del Real Decreto 1277/2003 sobre el establecimiento de las bases generales sobre autorización, servicios y establecimientos sanitarios para el ejercicio profesional de la psicología.

En concreto, el fallo de la Audiencia Nacional declara la nulidad del apartado Cinco del Artículo Único así como la disposición adicional única de la citada Orden Ministerial del 29 de mayo de 2006.

En cuanto al mencionado apartado, referido a Otras Unidades Asistenciales, la modificación ampliaba la definición de las mismas a aquellas que se encontrasen bajo responsabilidad de un profesional capacitado, por titulación oficial o habilitación profesional, *“aun cuando no tengan la consideración legal de «profesiones sanitarias tituladas y reguladas» en el sentido previsto en el artículo 2.1 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, llevan a cabo actividades sanitarias que no se ajustan a las características de ninguna de las unidades anteriormente definidas”* contemplando aquellas que *“por afectar a profesiones cuyo carácter polivalente permite desarrollar actividades sanitarias vinculadas con el bienestar y salud de las personas en centros que tengan las consideración de sanitarios”*.

Respecto a la Disposición Adicional Única, ésta concretaba la regulación de *“otras unidades asistenciales”* al caso concreto y, en particular de la psicología, al contemplar la posibilidad de su acreditación, pese a no contar los solicitantes de tales unidades con la titulación de especialista en psicología clínica, pero, en cambio, acrediten la licenciatura vinculada curricularmente con Personalidad, Evaluación y Tratamiento Psicológico o Psicología Clínica y de la Salud, o bien avalen formación complementaria de posgrado en centros, instituciones o servicios universitarios, o en consultas y gabinetes de psicología clínica.

2.- SENTENCIA DEL TS DE 21 DE JUNIO DE 2010. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO SANITARIO.

Sentencia del TS de 21 de Junio de 2010, por la que se desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de fecha 03/04/2006, que, a su vez, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dos ATS de Instituciones Penitenciarias ante la

desestimación presunta de su solicitud de reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia en relación con su participación en un programa de salud pública. Dicho programa, a desarrollar en el centro penitenciario. incluía la dispensación de jeringuillas, agujas y resto de material necesario para el consumo intravenoso de sustancias tóxicas entre la población drogodependiente del centro con la finalidad de prevenir el contagio de enfermedades.

El TS analiza la naturaleza jurídica del derecho a la objeción de conciencia desde una triple perspectiva: perspectiva constitucional, perspectiva jurisprudencial y la perspectiva del derecho comunitario.

PRIMERO.- Desde la primera perspectiva, a juicio del TS en nuestro Ordenamiento Jurídico no existe un derecho general a la objeción de conciencia de alcance constitucional, ya que se trata de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo. Dos son las razones que esgrime nuestro Alto Tribunal:

- a) El art. 16.1 de la CE -que es el precepto que suele invocarse-, recoge como límite específico a la libertad religiosa “*el mantenimiento del orden público protegido por la ley*”, lo que pone de manifiesto que el constituyente nunca pensó que las personas pueden comportarse siempre según sus creencias.
- b) El art. 9.1 de la CE consagra el imperio de la ley y la obediencia incondicionada al Derecho, de modo que el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general a partir del art. 16 “*equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual*”

SEGUNDO.- Desde la perspectiva de la jurisprudencia, tampoco cabe extraer la consideración del derecho a la objeción de conciencia como derecho de alcance general a tenor de las SSTC, desde la STC 53/85 relativa a la despenalización del aborto, pasando por la STC154/2002 o las más recientes SSTC 177/1996 y 101/2004. No obstante, es cierto que la STC 154/2002 merece una mención especial, por cuanto reconoce la proyección de la libertad religiosa en el modo de comportarse a raíz del

caso protagonizado por el menor de edad, testigo de Jehová, que rechazó una transfusión de sangre imprescindible para salvar su vida, contando con la complicidad de sus progenitores, ambos también seguidores de esta confesión religiosa.

TERCERO.- Por último, el TS admite que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE sí reconoce, en términos muy amplios, la objeción de conciencia como derecho fundamental, cuando señala que “*se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio*”. Sin embargo entiende que la eficacia de la propia Carta debe circunscribirse a aquellos supuestos en que los Estados apliquen el derecho de la UE.

Con estos argumentos, no cabe por tanto, reconocer la pretensión de la parte recurrente, sin que quepa otorgar relevancia jurídica a la previsión recogida en el art. 22 del Código Deontológico de la Enfermería Española, “*pues no se trata de una norma de rango legal*”.

3.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 1 DE DICIEMBRE DE 2010, SALA DE LO CONTENCIOSO. IMPUGNACIÓN DE LA ORDEN DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2009 POR LA QUE SE APRUEBA EL PROGRAMA FORMATIVO DE LA ESPECIALIDAD DE ENFERMERÍA GERIÁTRICA.

Impugnación por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de la Orden de 13 de noviembre de 2009, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de enfermería geriátrica. El Colegio entiende que los enfermeros estarían adquiriendo competencias profesionales que no son propias del título de acceso a la especialidad que regula esta Orden, en concreto los apartados que afectan a la realización de diagnósticos y tratamientos farmacológicos.

La clave del asunto estriba en diferenciar entre la regulación de las profesiones sanitarias, y la regulación de la formación conducente a la obtención de diversas titulaciones sanitarias, dos ámbitos estrechamente interrelacionados pero distintos, lo que queda perfectamente explicado en el capítulo primero del Libro “*Marco Jurídico de las Profesiones Sanitarias*”, editado por Lex Nova y coordinado por David Larios. En efecto, la regulación de la Orden se circunscribe al aspecto de la forma-

ción especializada, no a la regulación de la profesión y las competencias, de modo que la regulación que se hace en esta Orden sobre competencias como la controvertida, no pueden entenderse fuera del contexto formativo, de modo que no se menoscaban las competencias atribuidas a los médicos y odontólogos.

No obstante, la sentencia hace una última precisión al hilo de las posibilidades de administración/prescripción farmacológica por parte del personal de enfermería, ya que recuerda que el art 77 de la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, ha sido modificada por la Ley 28/2009 para introducir la participación en la prescripción de “*determinados medicamentos*” de otros profesionales sanitarios, como los enfermeros y los podólogos.

4.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL, SECCIÓN PRIMERA) DE 23 DE JULIO DE 2010, RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 278/2010. FALSIFICACIÓN DE RECETA MÉDICA POR FARMACÉUTICO.

Farmacéutica acusada de sustituir medicamentos cuando no disponía del que se había prescrito. La farmacéutica en cuestión, cuando procedía a la sustitución, simulaba la firma del médico.

El Tribunal recuerda que no hay duda de que una receta de la Seguridad Social, o del Servicio de Salud de la correspondiente Comunidad Autónoma, es un documento oficial, cuya falsificación merece un tratamiento especial en el Código Penal. Así, se distingue entre recetas emitidas por los médicos en ejercicio particular de su profesión - que son documentos que se consideran privados- y las expedidas por los facultativos en el ejercicio de su función sanitaria en organismos públicos -que deben considerarse documentos oficiales-

En cuanto a los motivos por los que la farmacéutica actuó de este modo, el Tribunal comienza por señalar que lo que se juzga es si la farmacéutica alteró un documento oficial como es la receta, y añade que el cambio de un medicamento por otro tiene que ser validado por el facultativo, o excepcionalmente, cuando se trate del mismo principio activo, con la conformidad del interesado.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

1.- INFORME JURÍDICO 625/2009 DE LA AEPD. DELIMITACIÓN DE LAS FIGURAS DE “RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO” Y “ENCARGADO DEL TRATAMIENTO”.

Informe Jurídico 625/2009 de la APD en el que se conjugan conceptos tales como “*responsable de tratamiento*” y “*encargado de tratamiento*” en los casos de cesión de datos personales entre profesionales sanitarios en el marco de una actividad de prestación de servicios, por supuesto “*sanitaria*”, con el carácter especialmente protegido que revisten los datos sanitarios.

El informe analiza la situación en la que se encuentra el profesional sanitario -protésico dental- que por encargo de un centro sanitario, debe realizar una prótesis a un paciente.

A) En estos casos, en que el profesional recibe el encargo de un trabajo de este tipo, tendrá la consideración de responsable del fichero en el momento en que mantenga contacto directo con el afectado, ya sea emitiéndole factura directamente o bien, en el caso de que para garantizar un correcto funcionamiento del servicio sea necesario disponer de información personal del paciente, de modo que de darse alguna incidencia, resulte preciso efectuar la correspondiente trazabilidad para conocer la identidad de aquél.

En este caso, la cesión de los datos por parte del primer profesional al segundo, debería de legitimarse, o bien con el consentimiento expreso de los afectados, o en una Ley, dado que tratándose de datos de salud resulta aplicable el artículo 7.3 de la LOPD, y al no tratarse de centros que conforman la red del SNS, tampoco sería aplicable el art. 10 del RD 1720/2007.

B) Por el contrario, si el protésico o analista no tienen relación alguna con los pacientes, efectúan los trabajos por encargo, y las facturas emitidas no implican una relación personal con el paciente, en estos casos nos encontramos ante una prestación de servicios por cuenta de terceros (art. 12 de la LOPD), es decir, un encargado del tratamiento, definido en el artículo 3 g) de la LOPD como “*la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.*” Defini-

ción que completa el artículo 5.1 i) Reglamento de desarrollo de la LOPD señalando que: “Encargado del tratamiento es la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo, que solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio.”

2.- RESOLUCIÓN: R/00696/2010 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS.

UPS Instituto Dexeus, S.A., derivaba a pacientes a uno de sus facultativos para la realización diversos servicios propios de la especialidad médica de dermatología. El facultativo en cuestión aprovecha los datos personales de pacientes derivados por UPS para facilitarles información comercial sobre el cuadro médico de la sociedad médica a la que él pertenece (EPIDERMOS), sin contar con el consentimiento de los interesados.

El interés de esta resolución sancionadora se encuentra en que pone de manifiesto la importancia del consentimiento expreso de los interesados para el tratamiento de datos personales con fines ajenos a los asistenciales, y en segundo lugar, las cautelas que se deben adoptar en los casos en que se externaliza la prestación de un servicio ante el riesgo de que el encargado del tratamiento de los datos (art. 12 de la LOPD) se “*apropie*” de tal información, y la destine a fines distintos de aquellos que justificaron su utilización.

No obstante, y si nos ceñimos al criterio de la propia Agencia, la condición de encargado del tratamiento no es posible si el profesional sanitario al que se recurre para la prestación de un servicio para garantizar un correcto funcionamiento, considere necesario disponer de información personal del paciente.

3.- INFORME JURÍDICO 355/2010 DE LA AEPD SOBRE EL ACCESO POR LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS A LOS CONTENIDOS DE LOS PARTES DE ACCIDENTES DE TRABAJO.

La cesión de datos de salud a terceras personas sin contar con el consentimiento de los interesados, tan solo es posible si tal y como establece el art.

7.3 de la LOPD, existe una ley que así lo disponga. Llama la atención que tratándose de datos de salud, la Agencia no haya reproducido el criterio que viene sosteniendo en sus últimos informes sobre la defensa de la especialidad de la Ley 41/2002 frente a cualquier otra disposición normativa que ampare la cesión de este tipo de datos (véase el Informe de la AEPD **número 242/2010, emitido por el Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos** a raíz de la consulta que la Agencia Tributaria plantea a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en relación con el requerimiento de documentación que la Agencia Tributaria cursó a varios médicos a los que estaba inspeccionando. En el marco de estas inspecciones, la Agencia pretendía que los médicos le aportasen, entre otros documentos, las historias clínicas de pacientes, y copias de los consentimientos informados firmados por los pacientes antes de las intervenciones quirúrgicas)

En este caso, la habilitación legal es doble, ya que el Estatuto Básico del Empleado Público reconoce el derecho individual a recibir protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo, y la Ley 31/1995 en su art. 36 incluye entre las funciones de los delegados de prevención, “*tener acceso, con las limitaciones previstas en el apartado 4 del art. 22, a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones y en particular, a la prevista en los artículos 18 y 23 de esta ley*” así como “*ser informados por el empresario sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores una vez que aquél hubiese tenido conocimiento de ellos...*”

A su vez, el mencionado art. 23 de la ley señala que el empresario debe elaborar y conservar a disposición de la autoridad laboral “*práctica de los controles del estado de salud de los trabajadores previstos en el art. 22 de la ley y las conclusiones obtenidas de los mismos*” y “*relación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan causado al trabajador una incapacidad temporal superior a un día de trabajo.*”

Así pues, existe habilitación legal para que los delegados de prevención sean informados por el empresario sobre daños en la salud de los trabajadores siempre que tengan su origen en un hecho dañoso relacionado con su el entorno laboral, pero

¿qué se entiende a estos efectos por daños en la salud?

La respuesta se encontraría en la Orden de 16 de diciembre de 1987 por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de accidentes de trabajo, y en la que se recoge un formulario en el que deben figurar la descripción de la lesión sufrida por el trabajador, parte del cuerpo lesionada y grado de la lesión que será el mismo que conste en el parte médico de baja.

Es cierto que, según la citada Orden, el empresario no tiene el deber de remitir copia de esta relación de partes a los delegados de prevención, pero sí que la propia ley contempla el derecho de los delegados de prevención a conocer del contenido de una serie de documentos entre los que figuran tales partes, tal y como ya ha quedado expuesto.

Una última cautela, tanto la relación de partes de accidentes de trabajo como la información sobre los daños de la salud que aparezcan en dichos partes se debe entregar de forma disociada.

4.- INFORME DE LA AEPD N° 026/2010 SERVICIO DE PREVENCIÓN EXTERNO EN RELACIÓN CON EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE SALUD DE LOS EMPLEADOS DE UN AYUNTAMIENTO

PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA.- En el presente informe se analiza la consulta realizada por un Ayuntamiento sobre la labor informativa desplegada por el servicio de prevención externo, en relación con el tratamiento de los datos de salud de los empleados, a raíz de la realización de las acciones de vigilancia periódica de la salud de los trabajadores.

LAS FUNCIONES DE LA MUTUA DE AT/EP.- En primer término la Agencia se encarga de delimitar el marco normativo de referencia en el que se ha de enmarcar la actividad desarrollada por esta sociedad, y a tal efecto recuerda la diversidad de funciones que pueden asumir las Mutuas, distinguiendo según consta en el TRLGSS, entre funciones propias de su naturaleza como entidad colaboradora, y funciones propias como servicio de prevención, y como en este segundo caso, la Ley de referencia no es otra que la Ley 31/1995.

TRATAMIENTO Y CESIÓN DE DATOS SANITARIOS Y DEBER DE INFORMACIÓN.

Una vez conocido el escenario normativo en el que se desenvuelve la actividad del servicio de preven-

ción, entra a analizar el régimen jurídico de los reconocimientos periódicos de salud previstos en el art. 22 de la citada ley, para extraer las siguientes conclusiones:

a) El sometimiento a este tipo de reconocimientos es voluntario, salvo las excepciones previstas en su apartado segundo, de modo que una vez que el trabajador ha prestado su consentimiento informado para la práctica de este tipo de reconocimientos, no será preciso recabar de nuevo su consentimiento para proceder al tratamiento de los datos de salud por parte de la sociedad de prevención, ya que la habilitación legal a esta excepción se encuentra en el apartado 4 del art. 22 (legitimación para el tratamiento y acceso a estos datos por el personal sanitario así como en los casos de cesión a las autoridades sanitarias).

En este sentido, traería a colación otro informe anterior de la misma Agencia (Informe 0260/2009), complementario respecto del que es objeto de comentario, y ya publicado en números anteriores, según el cual las empresas contratadas para llevar a cabo la protección de riesgos laborales, no se encuentran incardinadas en el régimen del artículo 12 LOPD -precepto legal que exige del requisito del consentimiento en los casos de tratamiento de datos por cuenta de un tercero-, ya que los términos en los que se contempla la cesión de los datos de salud en el artículo 22.4 de Ley 31/1995, de 8 de noviembre, apuntan a que la empresa externa que presta el servicio no cumple la función de mera encargada del tratamiento, sino más bien, tiene la condición de responsable del tratamiento de esos datos de salud, y, por ende, la comunicación de éstos constituye una cesión.

Por tanto, en el caso en que el servicio de prevención fuese externo, no cabría zafarnos del requisito del consentimiento del paciente por la vía de entender que estamos ante un supuesto de los descritos en el art. 12 de LOPD, salvo como ahora dice la AEPD en este informe de 2010, el personal que acceda a esta información sea el propio personal médico y los trabajadores del Servicio de Prevención que hayan participado en las tareas de vigilancia de la salud, junto con las referidas autoridades sanitarias, lo que veremos con más detalle en la tercera de las conclusiones.

b) Sí sería por el contrario necesario, informar acerca del citado tratamiento en los términos pre-

vistos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999. El artículo 5.1 de la Ley Orgánica impone, sin excepción, la obligación de informar al interesado del que se recojan los datos de los extremos contenidos en este precepto, sin que quepa su exclusión por el hecho de que los datos sean voluntariamente dados por los interesados conociendo su finalidad.

En este apartado, la Agencia recuerda cómo puede articularse el cumplimiento de este deber de información (cartelería), y la sorpresa es que para avalar esta exigencia invoca el art. 18.1 del RD 1720/2007, que recientemente ha sido derogado por sentencia del TS.

En efecto la reciente sentencia de 15 de julio de 2010 anula el citado art. 18 ubicado en la Sección Segunda del Capítulo II, del Título II, cuya rúbrica es la de "*Deber de información al interesado*", y que contrariamente, a lo que sostiene el Abogado del Estado, no se limita dicho precepto a poner de manifiesto que la carga de probar el efectivo cumplimiento del deber de informar corre a cargo del responsable del fichero o tratamiento. Lo que en realidad establece es la obligación de que la prueba de ese efectivo cumplimiento conste documentalmente o por medios informáticos o telemáticos. "*La ley reconoce en su art. 5 el derecho a la información en la recogida de datos, concreta el contenido de la información y advierte de que el deber de informar ha de ser previo a la recogida, pero salvo la indicación de que la información ha de ser expresa, precisa en inequívoca, ninguna referencia contiene a la forma, abriendo así múltiples posibilidades...*" "*En consecuencia, debe considerarse que el legislador ha optado por la libertad de forma*".

c) Cualquier cesión de los datos por parte del Servicio de Prevención a terceros distintos del personal médico que haya intervenido en los reconocimientos, requerirá el consentimiento del interesado con la salvedad de la cesión de tales datos a las Autoridades Sanitarias, y de la Seguridad Social.

5.- SENTENCIA DE 11 FEBRERO 2010 AUDIENCIA NACIONAL (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. HISTORIA CLÍNICA

La Audiencia Nacional confirma la resolución de infracción de la AEPD impuesta al Servicio Cántabro de Salud por haber vulnerado el deber de secreto, al ser accesibles datos de pacientes me-

dante el uso del programa informático e-Mule. El archivo, que se dio a conocer a través del uso indebido del citado programa, contenía los nombres, apellidos, fechas de nacimiento, direcciones, teléfonos, sexo y, en algún caso, datos de salud asociados de 1.748 pacientes de varias localidades de la comunidad cántabra.

La Audiencia confirma que existió una revelación de datos "*efectiva*" e "*innegable*", puesto que la información personal de los pacientes quedó a disposición del público en la red y, por tanto, "*impone la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar que los datos se pierdan, extravíen o caigan en manos de terceros*".

6.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JULIO DE 2010. ANULACIÓN DEL ARTÍCULO 18 DEL RLOPD.

PRIMERO.- Con carácter previo al estudio de las cuestiones de índole sustantiva, la sentencia del T.S. entra a analizar dos cuestiones tan relevantes como:

- a) El control de la legalidad del ejercicio de la potestad reglamentaria
- b) El interés legítimo como título legitimador para acudir a los tribunales de justicia

Respecto de la primera de las cuestiones formales apuntadas, el TS analiza los límites al correcto ejercicio por la Administración de esta prerrogativa, distinguiendo entre límites formales (observancia de la jerarquía normativa, inderogabilidad singular de los reglamentos y procedimiento de elaboración, amén por supuesto de la titularidad o competencia), y materiales (la reserva de ley y los principios generales del Derecho).

Obviamente el estudio de la doctrina del TS sobre este asunto cobra gran trascendencia, ya que el reglamento impugnado es un reglamento ejecutivo que, por definición, no podría instaurar "*ex novo*" cargas y obligaciones no previstas en la ley, y desde esta perspectiva se entra a analizar hasta qué punto los artículos impugnados del reglamento limitan derechos, facultades o posibilidades contenidas en la ley.

La legitimación constituye el otro aspecto formal sobre el que se detiene la Sala, para recordar la significación jurídica que la doctrina jurisprudencial atribuye al "*interés legítimo*" y su distinción

con el “*interés directo*” (el primero más amplio y genérico que el segundo, bastando para su invocación que la resolución impugnada repercuta o pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro en la correspondiente esfera jurídica).

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a las cuestiones de derecho sustantivo, señalar que la sentencia admite la impugnación contra el art. 18 del Reglamento, precepto éste que reza del siguiente modo:

Artículo 18. Acreditación del cumplimiento del deber de información

1. El deber de información al que se refiere el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, deberá llevarse a cabo a través de un medio que permita acreditar su cumplimiento, debiendo conservarse mientras persista el tratamiento de los datos del afectado. 2. El responsable del fichero o tratamiento deberá conservar el soporte en el que conste el cumplimiento del deber de informar. Para el almacenamiento de los soportes, el responsable del fichero o tratamiento podrá utilizar medios informáticos o telemáticos. En particular podrá proceder al escaneado de la documentación en soporte papel, siempre y cuando se garantice que en dicha automatización no ha mediado alteración alguna de los soportes originales.

Pues bien, nuestro Alto Tribunal considera, contrariamente a lo que sostiene el Abogado del Estado, que dicho precepto no se limita a poner de manifiesto que la carga de probar el efectivo cumplimiento del deber de informar corre a cargo del responsable del fichero o tratamiento. Lo que en realidad establece es la obligación de que la prueba de ese efectivo cumplimiento conste documentalmente o por medios informáticos o telemáticos. Y aunque no es posible inferir, como con error sostiene la recurrente, que la norma reduce el derecho a probar por cualquier medio de los admitidos en derecho, sí tiene razón cuando aduce que establece “*ex novo*”, al margen de la Ley, una obligación adicional.

7.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE DICIEMBRE DE 2009. DELITO DE ACCESO A DATOS RESERVADOS DE CARÁCTER PERSONAL POR PARTE DE COORDINADOR DE EQUIPO DE ATENCIÓN PRIMARIA

PRIMERO.- La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo absuelve del delito continuado de acceso a datos reservados de carácter personal al coordinador del centro de salud de la localidad balear de Artá, que en dos ocasiones, accedió a través del programa informatizado de consulta clínica al historial clínico de otro médico del mismo centro de salud sin contar con su autorización y conocimiento, lo que le permitió conocer la identidad del médico de cabecera de este último.

SEGUNDO.- En el caso enjuiciado, se plantea, de entrada, si el recurrente tenía derecho a acceder al dato del médico de cabecera por su condición de coordinador del centro de salud, sobre todo si tenemos en cuenta las funciones que el coordinador tiene reconocidas en el art. 4 del RD 137/84, en relación con lo dispuesto en el art. 16.5 de la Ley 41/2002 sobre usos de la historia clínica por personal sanitario autorizado.

El TS desmonta este alegato por considerar que “*una cosa es que el recurrente en su condición de coordinador pudiera estar autorizado a conocer el nombre del médico de cabecera, en el cumplimiento de las funciones a que se refiere el art. 16.5 de la LAP y otra muy distinta es que, sin expediente incoado, ni denuncia alguna, acceda a este dato de al forma en que lo hizo: introduciendo en la agenda de sus pacientes el nombre del denunciante, que no era paciente suyo, esto es, con una utilización incorrecta del programa informático del que disponía*”.

TERCERO.- Mejor suerte corre la segunda de las alegaciones de fondo realizadas por la parte actora, sobre el hecho de que, el dato consistente en la identidad del médico de cabecera del compañero del centro de salud, no merece la consideración de dato protegido penalmente. Para comprender los motivos que conducen a la estimación del recurso, y la absolución del actor, resulta conveniente conocer la evolución jurisprudencial experimentada por el derecho fundamental a la intimidad hasta el momento en que surge la segunda dimensión de este derecho constitucional, conocida como “*libertad informática o habeas data*”, a raíz de la interpretación realizada por el TC del contenido del art. 18.4 de nuestra Carta Magna.

Una vez clarificado el contenido de este derecho fundamental de nuevo cuño, como es el derecho a la protección de datos de carácter personal (STC

134/99), el Supremo analiza la repercusión penal que tiene la conducta enjuiciada, y su encaje en el tipo previsto en el artículo 197.2 del CP.

CUARTO.- El apartado segundo del referido precepto del CP protege la “libertad informática” al sancionar a “quien, sin estar autorizado, se apodere, en perjuicio de tercero, de datos reservados de carácter personal o familiar de otro, que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Así como a quien simplemente acceda a ellos por cualquier medio sin estar autorizado y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”

A continuación, nuestro Alto Tribunal disecciona el contenido de este apartado y señala:

a) En relación con “los datos reservados de carácter personal”. Si bien es cierto que la definición de lo que es o no dato de carácter personal viene recogida en la LOPD y en su reglamento de desarrollo (art. 5 del RD 1720/2007), no se conoce en cambio qué datos son reservados. A juicio de la doctrina debiera entenderse a estos efectos que carácter reservado de los datos supone considerar que son tales los que no son susceptibles de ser conocidos por cualquiera, pudiendo establecerse una equiparación entre “reservado” y “secreto”.

Por tanto, ha de tratarse de datos personales que afecten a la intimidad personal, y en el caso en que se trate de datos que pertenezcan al núcleo duro de la privacidad estaríamos ante el tipo agravado del apartado quinto del art. 197 “cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz”.

b) Los datos han de estar recogidos en ficheros o soportes informáticos electrónicos o telemáticos, y por tanto resulta exigible para la comisión del tipo penal que exista un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas. Así por ejemplo, hay que recordar que a juicio del Supremo en sentencia de este año, “los datos personales recogidos en los libros de bautismo no son un conjunto organizado, tal y como exige el art. 3.b) de la Ley Orgánica 15/99, sino que resultan una pura acumulación de éstos que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación, en cuanto no están ordenados, ni alfabéticamente, ni por

fecha de nacimiento, sino sólo por las fechas de bautismo” (STS de 5 de febrero de 2010)

c) Las conductas pueden consistir en apoderarse, acceder, utilizar (usar sin apoderamiento de ellos) o modificar (que supone alterar el contenido de los datos).

d) Las conductas tienen que producirse sin estar autorizado y en perjuicio de un tercero o del titular de los datos. Frente al criterio seguido por la Fiscalía, que considera que el “mero acceso” no exige que se ocasione perjuicio alguno, el TS entiende que en estos casos el “mero acceso” debe realizarse en perjuicio de un tercero (inciso inicial del 197.2) o en perjuicio del titular de los datos (inciso segundo del at. 197.2), a saber, el sujeto pasivo del delito.

QUINTO.- El TS comparte el criterio de la parte recurrente y considera que el dato en cuestión no merece la condición de dato protegido por los siguientes motivos:

a) Este dato no es un dato personal reservado o secreto, no es un dato que “el hombre medio de nuestra cultura considera sensible”. El art. 15 de la Ley 41/2002 relativo al contenido de la HC de cada paciente no se refiere al nombre del facultativo, y sin que pueda merecer la consideración de secreto o reservado ya que cualquier persona podría acceder a este tipo de datos no sanitarios a través ya sea del personal administrativo de cada centro de salud, llamando al servicio de cita previa o bien acudiendo a los servicios de la Tarjeta Sanitaria de a Gerencia de Atención Primaria.

b) Ahora bien, el hecho de que este dato no merezca la consideración de “sensible”, no supone que automáticamente haya que descartar la virtualidad lesiva que puede comportar el acceso sin autorización a tales datos, sino que “debería acreditarse su efectiva concurrencia (el perjuicio), y en el presente caso no se ha acreditado que el acceso por parte del recurrente al nombre del médico de cabecera (dato administrativo, y en principio inocuo) haya ocasionado un perjuicio al Dr. Bienvenido como titular del dato”.

8.- SENTENCIA DEL TEDH DE 2 DE JUNIO DE 2009.- LA CONFIDENCIALIDAD DE LA CORRESPONDENCIA MÉDICA EN EL ÁMBITO DE LAS INSTITUCIONES PENITENCIARIAS

Un ciudadano británico fue condenado a catorce años de prisión. Mientras se encontraba en libertad provisional sufrió una hemorragia cerebral. Una vez ingresa de nuevo en prisión, es deseo del interesado mantener correspondencia confidencial con su especialista médico para asegurarse de que recibía el tratamiento médico y la supervisión necesaria en prisión.

Las autoridades carcelarias deciden que toda la correspondencia entre el demandante y su especialista sería entregada cerrada al funcionario médico de la prisión. Este último examinaría el contenido del sobre para determinar su condición médica y después cerraría de nuevo el sobre.

A juicio del TEDH, la supervisión de la correspondencia médica del demandante, limitada como estaba al funcionario médico de la prisión, no encuentra un justo equilibrio con el derecho al respeto de su correspondencia en estas circunstancias.

Como ya dijera el TEDH en el caso Z contra Finlandia de 25 de enero de 1997, *“la protección de los datos personales y de los datos médicos es de gran importancia para el disfrute de una persona de su derecho al respeto de la vida privada y familiar garantizada por el artículo 8 del Convenio. Respetar la confidencialidad de los datos sanitarios es un principio vital en el sistema legal de todas las partes contratantes del Convenio. Es crucial, no solo respetar la privacidad de un paciente sino también preservar su confianza en la profesión médica y en los servicios sanitarios en general”*.

RESPONSABILIDAD POR ASISTENCIA SANITARIA

1.- SENTENCIA DEL TS DE 25 DE MAYO DE 2010. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR NACIMIENTO DE NIÑA CON MALFORMACIÓN. FALTA DE MEDIOS DIAGNÓSTICOS EN LA ADMINISTRACIÓN.

Paciente de 38 años de edad que, en su primer embarazo, se somete a control ecográfico en el Hospital de Cabueñes para en su caso la posterior práctica de amniocentesis. El parto se produjo con normalidad, y nace una niña con microcefalia y otras alteraciones orgánicas que requieren el ingreso inmediato en neonatología. Las ecografías prac-

ticadas a la madre eran todas de nivel I (nivel básico), cuando los protocolos aconsejan el empleo de ecógrafos de nivel IV, algo que la Administración admite, pero considera que estos medios no eran exigibles por no disponer el hospital de ecografías de ese nivel superior.

El TS entiende que no se pusieron por la Administración los medios precisos para el seguimiento de la embarazada, sobre todo si se tiene en cuenta su edad, y el hecho de que era su primer embarazo, pues *“no basta para exculpar a la administración con decir que en el Hospital de Cabueñes no existían medios para ello, porque obligación de la Administración es poner al servicio de los ciudadanos los medios adecuados para obtener el resultado exigido por el estado de la ciencia en ese momento, y además porque aún aceptando ese hecho, se debió derivar a la gestante al lugar donde el servicio de salud estuviese en condiciones de practicar esa prueba esencial”*. Nuestros Tribunales ya se han pronunciado en ocasiones anteriores sobre la incidencia en la producción del daño de factores extra-sanitarios, como es el caso de la sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de junio de 2002 en la que se desestiman las alegaciones de la Administración de que sean tomadas en consideración factores de economía y eficiencia para justificar la intervención practicada a la paciente sin contar para ello con su consentimiento.

El Supremo relativiza el hecho de que se trate de una prueba diagnóstica que no es fiable al cien por cien *“porque siempre que se ofrezca una posibilidad mayor que la prueba efectuada, y tratándose del fin que con ella se persigue obtener, es preciso realizarla y no conformarse con la de nivel I claramente insuficiente para lograr ese objetivo”*.

Respecto a la indemnización, la Administración pretendía limitarla exclusivamente al hecho de que los padres, al no tener conocimiento de las malformaciones que presentaba el feto, se les privó de la oportunidad de haber procedido a la IVE, produciéndose un daño moral. *“Es cierto que la no realización de la prueba indicada para la posible detección de malformaciones fetales como hemos dicho privó a los padres de la oportunidad de plantearse la IVE o de seguir adelante con el mismo, y esa privación que era fácilmente evitable con la prueba diagnóstica requerida para ello, les causó un daño moral indemnizable, pero no lo es menos que, aún cuando ello sea así, precisamente*

la no realización de la prueba requerida comporta la existencia de un nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal de las malformaciones y el daño, tanto moral como económico experimentado por los recurridos, puesto que ocurre de su hijo con tales malformaciones y la incapacidad que las mismas comportan para cualquier actividad de por vida, produce gastos extraordinarios de todo tipo para sus padres...

El TS sigue en este punto la línea mantenida en otras ocasiones (véase por ejemplo la STS de 21 de diciembre de 2005, si bien ésta de la Sala de lo Civil), de no entrar a valorar la hipotética decisión de la madre (¿habría abortado realmente o se trata simplemente de una posibilidad inviable e interesada esgrimida a posteriori por la gestante?), aunque es cierto que no siempre ha sido éste el criterio sostenido por nuestro Alto Tribunal, como así se desprende de lo establecido en sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Junio de 2002 en la que el TS señaló que *“es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo”*.

Por otra parte, el incluir dentro de los “daños” indemnizables, el hecho de haber privado a la gestante de la posibilidad de interrumpir el embarazo, levanta algunas críticas entre un sector de la doctrina, por entender que de este modo se está contraviniendo el criterio pacífico de entender que el nacimiento en estas circunstancias de un hijo no es un daño en sí mismo, criterio éste del que encontramos ecos jurisprudenciales entre otras en la sentencia del TS de 4 de febrero de 1999.

Al hilo de esta polémica, resulta muy interesante la lectura de la siguiente sentencia en la que se pone de manifiesto la relevancia de esta otra vertiente del daño.

2.- SENTENCIA DEL TS DE 16 DE JUNIO DE 2010. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES POR CONFUNDIR LAS MUESTRAS A ANALIZAR Y NO DIAGNOSTICAR UN SÍNDROME DE DOWN.

Mujer embarazada que acude al Hospital de Elda para someterse a una amniocentesis. Practicada la prueba las muestras fueron remitidas por el Hospital al Laboratorio de Genética de la Facultad de Medicina de la Universidad. Se informa que los resultados han sido correctos. Meses más tarde

nace un niño del que se sospecha pueda padecer síndrome de Down, por lo que se remite una muestra de sangre a la citada unidad que confirma el cariotipo propio de este síndrome. Se volvió a analizar el líquido amniótico remitido durante la gestación, dando como resultado trisomía del cromosoma 21.

La sentencia dictada por el TSJ condenando a la Administración Sanitaria al pago de una cantidad de 1500 euros mensuales a favor del recién nacido, revalorizables conforme al IPC, es recurrida por la Administración condenada, para quién en estos casos de enfermedades genéticas con error de diagnóstico, el único daño indemnizable es el del carácter moral de privar a la madre de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

El TS cita la doctrina fijada al respecto en la sentencia de 4 de noviembre de 2008, que ya en un supuesto similar aplicó el mismo criterio que el utilizado en sentencia de 28 de septiembre de 2000, para concluir que en todos estos casos además del daño moral *“procede también la indemnización por la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija con síndrome de Down(...)En otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales ; pero cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder a la indemnización”*.

Lo que sí admite el TS es la alegación de la Administración de que esta condena sea solidaria, haciéndose extensiva también a la Universidad Miguel Hernández cuyo laboratorio fue el que cometió el error de analizar una muestra procedente de un tubo no correspondiente a la muestra extraída de la paciente. A tal efecto, recuerda la existencia de un convenio de colaboración entre la Administración y la Universidad, por lo que cabría aplicar lo previsto en el art. 140.1 de la Ley 30/1992 (responsabilidad derivada de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones).

3.- SENTENCIA DEL TS DE 17 DE FEBRERO DE 2010. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO GENÉRICO

El Supremo desestima la pretensión de la parte recurrente de ser indemnizados por los defectos advertidos en el documento de consentimiento informado de la paciente sometida a intervención de histerectomía abdominal subtotal. En concreto, se alega que el documento de CI es un documento genérico en el que no se recogen los riesgos personalizados de la paciente.

El TS desmonta las alegaciones al analizar el contenido del documento y comprobar que, en el mismo figuraba el tipo de intervención practicada, la identidad de la paciente y su firma, la del profesional que la practica, los riesgos y consecuencias de la operación, aspectos todos ellos que se ajustaban a lo que en ese momento exigía el art. 10.5 de la LGS.

El empleo de documentos de CI genéricos ha sido criticado en múltiples ocasiones por los Tribunales de Justicia, llegando a afirmar el TS que *“son documentos ética y legalmente inválidos”* (STS de 15 de noviembre de 2006, Sala de lo Civil). No obstante, es de justicia señalar que también existen pronunciamientos que han relativizado la importancia del consentimiento informado personalizado en los casos de intervenciones a las que estaba obligado el paciente por su estado de salud, pues *“dada la gravedad de la intervención realizada no parece razonable entender que la indicación de las secuelas padecidas hubieran hecho desistir a la recurrente de someterse a la intervención quirúrgica a la que se sometió”*.

4.- STS 31 DEMARZO DE 2010. FALTA DE INFORMACIÓN SOBRE ALTERNATIVAS DE TRATAMIENTO.

Menor de edad que, con 27 meses, comienza a sufrir crisis epilépticas siendo tratado en diferentes centros sanitarios de la red hospitalaria pública con diversas sustancias farmacológicas, sin que ninguna de ellas arrojase resultado satisfactorio, más bien lo contrario. Durante todo el tiempo que estuvo sometido a tratamiento farmacológico, las crisis aumentaron en número e intensidad (20 a 30 crisis diarias).

El 11 de junio de 2003, el menor fue intervenido quirúrgicamente en el centro médico Teknon de Barcelona (sanidad privada), fecha desde la que prácticamente han desaparecido las crisis comiciales, así como los trastornos asociados como el déficit de atención y la hiperactividad.

Para el TS no hay duda alguna, la sanidad pública una vez que constató el carácter refractario de la enfermedad al tratamiento farmacológico, debiera haber informado a los padres de la posibilidad de un tratamiento quirúrgico alternativo. Aunque la sentencia no la cita expresamente, parece tomar en consideración los presupuestos de la doctrina de la pérdida de oportunidad, al afirmar que *“la omisión o inactividad de la administración sanitaria, consistente en no tomar en consideración la alternativa del tratamiento quirúrgico y no informar de ella a los padres, es causa de esa agravación”*.

Por todo ello, el TS condena a la sanidad madrileña a la suma de 200.00 euros con el objeto de resarcir *“el sufrimiento del menor y de sus padres durante él (tiempo que sufrió las crisis), su estado tras ser intervenido y el coste de la intervención”*.

Precisamente en relación con el abono del coste de la intervención en el centro hospitalario privado, el Alto Tribunal desestima la pretensión de la parte recurrente de que se declare inadmisibile el recurso por causa de incompetencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por entender (la recurrente) que la acción ejercitada es más propia de reintegro de gastos derivados de asistencia sanitaria médica de la Seguridad Social. El Supremo entiende que estamos claramente ante una acción de responsabilidad patrimonial, en la que se puede apreciar, además, claramente, la existencia del nexo causal entre la omisión de información y el coste de la asistencia sanitaria en dicha clínica *“pues si los padres confiaron a la sanidad pública el tratamiento de su hijo durante más de tres años, buscando en varios de sus centros hospitalarios algún remedio eficaz, lo natural y lógico, lo que se adecua a una presunción sustentada en las reglas del criterio humano, es deducir que, de dars lo omitido, habrían mantenido esa confianza al decidir, como decidieron, que se practicara la intervención quirúrgica”*.

Tres aspectos destacaría de esta sentencia:

a) La aplicación, a mi juicio, velada, de la doctrina de la pérdida de oportunidad si entendemos que la falta de información ha retrasado o impedido el tratamiento, (véase el caso enjuiciado por la AN en sentencia de 21 de mayo de 2002), pues probablemente la mejoría del menor podría haber sido más temprana y con ello se podrían haber evitado los problemas posteriores que aún presenta.

b) La indemnización del daño moral. La relación de causalidad entre la falta de información y la privación de la posibilidad de decidir, constituye la esencia de la doctrina inaugurada por la STS de 4 de abril de 2000 (por cierto, puesta en jaque por alguna sentencia posterior del TS como la STS de 14 de diciembre de 2005) sobre la valoración autónoma de la desinformación como daño moral independiente, no parece ser el eje central sobre el que pivota la condena, sino más bien los efectos que dicha privación conlleva, a saber:

- 1) Daños morales por los sufrimientos padecidos, aunque obsérvese que, no tanto por el hecho de haberseles privado del ejercicio legítimo a su derecho a decidir, y la consideración de tal privación en sí misma como daño antijurídico. En este punto, entiendo que el TS ha seguido el criterio adoptado con ocasión del ejercicio de acciones de wrongful como es el caso de la STS de 6 de junio de 1997
- 2) Daños patrimoniales por el estado actual en el que se encuentra el menor, y los gastos en que incurrió la familia para poder financiar la intervención quirúrgica en el centro sanitario privado.

c) Una última observación al hilo del daño moral, la problemática de la legitimación para su reclamación, que en este caso no se suscita por el hecho de tratarse de prestación de consentimiento por representación, pero que al menos como ejercicio teórico, serviría para plantearnos qué sucedería si el paciente gozase de la mayoría de edad sanitaria. ¿Tendrían derecho los padres a la indemnización por el impacto psíquico que ha supuesto el calvario padecido durante todos esos años y el peregrinaje por distintos centros hospitalarios sin que se experimentase mejoría alguna?

5.- STS DE 25 DE JUNIO DE 2010. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL E INFORMACIÓN EPIDEMIOLÓGICA

Se trata del caso de una niña de Albacete, que pese a estar vacunada de meningitis, contrae la enfermedad en un viaje a París, y sufre gravísimas secuelas. Lo que se discute en este caso es si ha habido dejación de funciones en el ámbito epidemiológico por parte de la Administración, al no realizar la adecuada campaña informativa sobre la efectividad de la vacuna que se suministró en

1997. En concreto, lo que se reprocha a la Administración es que, con posterioridad a 1997, se iniciara una nueva campaña de vacunación contra la meningitis (año 2000), dirigida exclusivamente a los niños de hasta 5 años, e informando solo al entorno de éstos, dejando a los mayores de dicha edad (colectivo entre el que figuraba la niña, vacunada en la campaña anterior) sin vacuna y, muy importante, sin información sobre si realmente estaban o no protegidos con la vacuna de la campaña anterior, algo que resulta clave ya que se ha demostrado que la Consejería, cuando inicia la segunda campaña, sabía perfectamente que la efectividad de tal vacuna no era satisfactoria en cuanto a la duración de la inmunización.

El TS considera que se ha privado a los padres de los niños mayores de 5 años de edad, de la posibilidad de tener una información suficiente, comprensible y adecuada, en relación con la insuficiencia de la vacuna suministrada en 1997, por lo que cabría invocar la doctrina de la pérdida de oportunidad al caso enjuiciado.

Así es, como dice textualmente el Supremo “*nadie se revacuna de una enfermedad como la meningitis C, si no tiene noticia de la insuficiencia de la vacuna anterior y es aquí, en la falta de información que provoca la pérdida de la oportunidad de proteger a los menores excluidos de la campaña, donde radica la dejación de funciones de la Administración que, si bien puede ser libre para adoptar la decisión de revacunar gratuitamente, no lo debe ser para rectificar informaciones incompletas que colocan a los ciudadanos en la falsa seguridad de estar protegidos frente a una enfermedad como la que nos ocupa...*”

Condena de 800.000 euros y me parecen pocos para como se ha quedado la niña

Llama la atención la indebida aplicación por parte del Tribunal Supremo de la Ley 8/00, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, inexistente en la fecha en que se produjeron los hechos, y en la que sí se regula el “derecho a la información epidemiológica”.

El derecho a la información epidemiológica, constituye un derecho relativamente nuevo en nuestro Ordenamiento Jurídico, ya que su consagración legal vino de la mano de la Ley 41/2002 a nivel estatal (art. 6), si bien es cierto que con anterioridad a la aprobación de dicha ley ya existían dispo-

siciones normativas autonómicas con rango legal que habían incorporado el citado derecho, como es el caso de la Ley 8/00 en su art. 4.1.c).

La cuestión que se puede suscitar es si existía alguna otra disposición legal previa a la Ley 8/00 que pudiese ser de aplicación al caso de autos, pese a no ser citada por el TS en su fundamentación. Pues bien, la normativa sectorial anterior no recoge este derecho a la información en materia de salud pública como tal, aunque es verdad que existen referencias tangenciales tanto en la Ley General de Sanidad como en otras disposiciones más específicas.

En conclusión, la condena a la Consejería de Salud de Castilla-La Mancha por parte del Tribunal Supremo, lo es apoyándose en una ley que, sencillamente, no existía cuando se produjeron los hechos enjuiciados.

6.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2009. INTERRUPCIÓN DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.

La formulación de solicitudes de información sobre la producción de un hecho generador de responsabilidad patrimonial, no interrumpe el cómputo del plazo de prescripción de un año establecido en el art. 142.5 de la Ley 30/1992 para pedir indemnización y perjuicios a la Administración. Así lo ha entendido el Alto Tribunal al confirmar la resolución del Ministro del Interior que desestimó la solicitud del recurrente de indemnización por el fallecimiento de su hijo, al haber prescrito la acción de responsabilidad patrimonial.

7.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE MARZO DE 2010. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL NO SANITARIA. PROCESO SELECTIVO.

Responsabilidad patrimonial de la Administración por las cantidades dejadas de percibir como consecuencia de una incorporación tardía a causa de un proceso de selección anulado.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para unificación de doctrina, y reconoce la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria derivada de su anormal funcionamiento por el retraso en el reconocimiento de la obtención de la plaza de médico de familia a la que optaba la hija de los recurrentes.

El proceso selectivo fue declarado nulo por no contener, en su sistema de calificación en la fase de oposición, dos listas separadas en función de que el acceso al concurso fuera por turno libre, o turno de promoción interna. De haber existido dichas listas, la hija de los recurrentes habría obtenido el correspondiente nombramiento como médico de familia junto con el resto de opositores aprobados en dicho proceso, y habría podido ocupar su plaza antes de su fallecimiento.

Tal como reconoce el Supremo, el perjuicio causado por la Administración consiste en haber privado de la plaza que le correspondía a la hija de los recurrentes desde la fecha en que fueron nombrados el resto de participantes aprobados, momento en que también ella debió ser nombrada, y, por tanto, reconoce el derecho a percibir la cantidad correspondiente al abono de la diferencia entre el salario del puesto que ocupaba (era ATS) y el que correspondía a la plaza que debió ocupar hasta el momento de su fallecimiento.

CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

1.- SENTENCIAS

1.1- SENTENCIA DEL TJUE DE 6 DE MAYO DE 2010. ENTREGA DE ACCIONES DE EMPRESA PÚBLICA A SOCIO PRIVADO COMO CONTRAPRESTACIÓN.

Sentencia del TJUE de fecha 6 de mayo de 2010, sobre la venta del 49% de las acciones de una empresa pública griega a un socio privado para que, éste, a su vez, y en contraprestación por el importe de venta que representan las acciones, se comprometa a prestar determinados servicios de explotación de hostelería. La sentencia afirma que *“hay que concluir que un contrato mixto cuyo objeto principal es la adquisición por una empresa del 49 % del capital de una empresa pública y cuyo objeto accesorio, indisolublemente ligado a dicho objeto principal, se refiere a la prestación de servicios y a la ejecución de obras no está comprendido, en su conjunto, en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública”*.

En definitiva, ninguna objeción, al menos desde punto de vista del derecho comunitario, al trasvase de capital accionario de una empresa pública ya constituida hacia un socio privado

1.2.- SENTENCIA DEL TJUE DE 6 DE MAYO DE 2010. LEGITIMACIÓN DE LA UTE PARA RECURRIR ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO.

Sentencia de 6 de mayo de 2010 del TJUE que analiza dos cuestiones: la legitimación de los integrantes de la UTE para recurrir (que confronta con la doctrina del TS), y la adjudicación en contrato único de parte del capital social de una empresa pública a un socio privado junto con la prestación de un servicio.

1.- El Derecho de la UE se opone a que una normativa nacional admita que los miembros de una UTE, licitadora en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, sean privados de la posibilidad de solicitar a título individual, la reparación del perjuicio que hayan sufrido de forma individual, pues de no ser así se estaría vulnerando la tutela judicial efectiva.

A este respecto conviene conocer cuál es el criterio del TS, que no se ajusta en su totalidad a lo que dice el TJUE. En sentencia de 22 de junio de 2009 (comentada en números anteriores), la impugnación jurisdiccional de actuaciones administrativas en materia de contratación por alguno de los componentes de una Unión Temporal de Empresas, resulta perfectamente admisible en derecho siempre que no exista disidencia alguna entre los componentes de la agrupación temporal. Por el contrario, la existencia de oposición de los restantes miembros a la interposición de cualquier tipo de recurso en vía jurisdiccional, impide que se pueda reconocer legitimación activa a alguno de los partícipes. En virtud de esta doctrina, el TS ha declarado que no procede el recurso de casación interpuesto por uno de los miembros de una UTE que no resultó adjudicatario del concurso para la adjudicación del contrato de consultoría y asistencia para la redacción de proyecto y dirección de obra del Hospital Universitario Central de Asturias, ya que en el caso objeto de enjuiciamiento, la otra empresa componente de la UTE renunció anticipadamente al ejercicio de cualquier acción judicial.

El Supremo entiende que, con este fallo, no se vulnera la doctrina sobre los intereses legítimos, pues la eventual anulación del acto ningún beneficio reportaría a los recurrentes ante la inexistencia de la unión temporal de empresas que concurrió al concurso dada la renuncia de uno de los integrantes.

2.- La otra cuestión de interés que recoge la sentencia del TJUE, es la declaración de excluir de las directivas sobre contratación pública la adjudicación de un contrato único que tiene por objeto principal la adquisición del 49% del capital de una empresa pública, y como objeto accesorio de ese mismo contrato, la prestación de servicios, en este caso la gestión de un casino.

Hasta ahora el TJUE ha admitido que se pueda adjudicar de forma directa, y al margen de la normativa en materia de contratación, la prestación de servicios por parte de una empresa mixta si el socio privado ha sido seleccionado respetando las exigencias establecidas por la jurisprudencia comunitaria, es decir, atendiendo no solo a criterios de capital que aporta, sino valorando también su capacidad técnica y características de la oferta. (STJUE de fecha 15 de octubre de 2009, también comentada y publicada en otros números).

2.- INFORMES

2.1 INFORME DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE CATALUÑA. DERECHO TRANSITORIO EN LA LEY 34/2010.

Muy buen informe elaborado por la Junta Consultiva de Cataluña sobre el régimen transitorio derivado de la entrada en vigor de la Ley 34/2010.

Las cuestiones que se analizan en dicho informe son tres:

a) Determinación del momento en que los expedientes de contratación deben ajustarse a la nueva normativa. El inicio del expediente. Ante el silencio de la Ley 34/2010, la JCCA, considera que no habría inconveniente en dar respuesta a esta interrogante aplicando el criterio recogido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 30/2007, de modo que los expedientes iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley se registrarán por lo previsto en la Ley 30/2007.

b) Régimen de recursos aplicable contra las dos adjudicaciones. Para los expedientes iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, se mantendrá la dualidad de adjudicaciones, provisional y definitiva, y el régimen de recursos será el previsto en la ley primitiva (sólo recurrible la provisional y no la definitiva por ser acto de repro-

ducción y confirmación.) Ahora bien, la Ley 34/2010 afecta al régimen de recursos que cabe interponer contra los actos dictados en tales procedimientos que tengan su origen con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, de modo que, como dice expresamente la DT tercera de la nueva ley, se podrá interponer el nuevo recurso especial y la cuestión de nulidad contra actos susceptibles de ser recurridos, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.

c) Qué recursos procede contra la adjudicación provisional:

- 1.- A. provisional antes de la entrada en vigor de la nueva ley: sólo el recurso del art. 37
- 2.- A. provisional antes de la entrada en vigor pero el plazo para la interposición finaliza con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010. Seguiría siendo aplicable la LCSP de 2007. En este caso, la adjudicación definitiva recaída con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley no se podría recurrir, con una única salvedad, que la adjudicación definitiva se hubiera dictado a favor de un licitador distinto del adjudicatario primitivo ya que en tal caso se podría entender que la adjudicación definitiva habría dejado de ser un acto meramente tributario de la provisional.
- 3.- A. provisional con posterioridad. No se podría recurrir con el nuevo recurso ya que este nuevo recurso sólo es factible respecto de la adjudicación definitiva. Sólo la definitiva, y conforme al nuevo modelo de recursos.

SEGURIDAD SOCIAL

1.- SENTENCIA DEL TSJ DE CATALUÑA DE 1 DE ABRIL DE 2010. LA DOBLE VERTIENTE DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y LA DENEGACIÓN DEL SUBSIDIO EN EL CASO DE BAJA MÉDICA POR INTERVENCIÓN DE CIRUGÍA ESTÉTICA.

Trabajadora que se somete a una intervención de cirugía estética (mamoplastia,) y es dada de baja médica. Solicita el subsidio por IT, que se le deniega ya que la cirugía estética no es una presta-

ción sanitaria incluida en el sistema de seguridad social.

Para el TSJ, la situación de baja médica se inició tras ser intervenida de una operación de cirugía estética que no guarda relación alguna con accidente o enfermedad o malformación congénita, excluida de la SS, por lo que no se puede configurar la situación protegida a la que se refiere el art. 128.1 de la LGSS. Distinta sería la situación si, en este mismo supuesto, se hubieran presentado complicaciones o derivaciones que hubieran hecho necesaria la intervención de la sanidad pública. Como dice la Sala, *“si la sanidad pública no ha de asumir estas intervenciones, no debe tampoco soportar los costes económicos que la misma genera como consecuencia del proceso de recuperación (...) Esta situación de convalecencia posterior a la intervención de cirugía estética puede justificar la baja médica pero no se genera con ello el derecho al percibo del subsidio económico de incapacidad temporal, cuando no hay ninguna enfermedad o dolencia intercurrente distinta del mero proceso de reposo y recuperación que exige cualquier intervención quirúrgica mínimamente agresiva”*.

Resulta de interés la fundamentación empleada por la Sala para llegar a tales conclusiones, citando el criterio jurisprudencial del TS de 29 de mayo de 2007 para justificar la exclusión de determinadas intervenciones quirúrgicas del catálogo de asistencia sanitaria cubierto por la sanidad pública, y en la que se analiza la tensión existente entre el factor individual (la salud del ciudadano) y la visión social del problema (la disponibilidad de medios por la entidad gestora y las limitaciones presupuestarias) sobre la base de las previsiones existentes en nuestro derecho positivo, tanto en el Decreto 2766/67, LGSS de 1974 o Ley de Calidad y Cohesión del SNS, que *“si bien establece que la prestación de servicios sanitarios habrá de llevarse a cabo en condiciones igualdad, efectividad y calidad con un sentido de aseguramiento integral, universal y público (...) sin embargo a lo largo de su articulado va precisando los términos de la prestación...”*

No obstante este criterio seguido por el TSJ de Cataluña no es pacífico, ya que el TSJ del País Vasco, en sentencia de 18 de diciembre de 2007, se ha pronunciado en sentido contrario.

2.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE DICIEMBRE DE 2009. ACCIDENTE IN ITINERE Y PERMISO PARA ACUDIR A CONSULTA MÉDICA.

Desestima la Sala el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia que atribuyó al accidente sufrido por la recurrente, la calificación de no laboral. Dicho accidente se produjo cuando la actora volvía al trabajo tras acudir a una consulta médica, previa autorización de la empresa. La finalidad principal del viaje, con independencia de que el mismo hubiera sido autorizado por la empresa, merece la consideración de gestión personal, ajena al trabajo, por lo que el incidente sufrido por la trabajadora no puede ser calificado de accidente laboral “in itinere”.

3.- SENTENCIA DEL TS DE 2 DE MARZO DE 2010 SOBRE EL ALCANCE DE LA PRESTACIÓN ORTOPROTÉSICA EN CASO DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN ÍNTEGRA DEL DAÑO.

Importante sentencia del TS sobre el alcance de la cobertura sanitaria en caso de contingencias profesionales, y en particular, sobre la determinación del contenido de la prestación ortoprotésica. En el caso enjuiciado por el TS, un trabajador sufre la amputación del brazo derecho a raíz de un accidente laboral, y la mutua responsable, en lugar de proporcionarle una prótesis mioeléctrica, (indicada por varios facultativos y solicitada por el propio interesado) le facilita otra de distintas características y prescrita por otro facultativo.

La sentencia de suplicación recurrida es favorable a los intereses del trabajador por considerar que, al tratarse de un accidente de trabajo, no resulta aplicable el RD 1030/2006, mientras que la sentencia de contraste aportada por la Mutua, pese a enjuiciar también una contingencia profesional, concluye señalando que, precisamente en aplicación de lo previsto en la citada norma, tales prótesis tan solo cabe implantarla en los supuestos de amputación bilateral.

El TS establece que, aunque es cierto que la prótesis demandada por el trabajador sólo está expresamente prevista por el RD 1030/2006 para los casos de amputación bilateral de los dos miembros superiores, lo cierto es que, tratándose de un accidente de trabajo, dicho reglamento no resulta de aplica-

ción directa y automática, porque, como desde antiguo reconoció la jurisprudencia de esta Sala (...) *en las contingencias profesionales rige el principio de reparación íntegra del daño, y la asistencia sanitaria (...) a diferencia de lo que sucede cuando no consta tan importante circunstancia (la contingencia profesional) (...) debe prestarse de la manera más completa y ha de comprender el suministro y renovación normal de los aparatos de prótesis y ortopedia que se consideren necesarios...*”

En conclusión, en caso de accidente de trabajo/enfermedad profesional, el trabajador lesionado tiene un derecho absoluto en materia de prestación ortoprotésica, **esté o no incluida en el listado de prótesis financiadas con cargo al Sistema Nacional de Salud.**

DOCUMENTOS DE INTERÉS

1.- PROYECTOS Y DISPOSICIONES NORMATIVAS DE INTERÉS

A) LA LEY DE ACCESO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE COBERTURA PÚBLICA A CARGO DEL SERVICIO CATALÁN DE SALUD, 21/2010, DE 7 DE JULIO.

Universaliza la asistencia sanitaria, extendiendo el derecho a toda la población residente en Cataluña, distinguiendo tres colectivos:

- a) Colectivos con derecho a la AS vía SS
- b) Extranjeros extracomunitarios
- c) Ciudadanos comunitarios

Con esta ley, se incorpora finalmente el 0,7% de población excluida, como es el caso de los profesionales liberales que no tienen la obligación de cotizar a la SS, congregaciones religiosas, o las personas que se encuentran en situación de exclusión social.

Por supuesto, también recoge lo que otras comunidades han hecho al ampliar la cobertura sanitaria con cargo a sus presupuestos a favor de quienes han visto extinguido su derecho a la asistencia sanitaria de acuerdo con la normativa de SS, como es el caso de quienes se encuentran en situación de desempleo.

Para aquellas otras personas que, pese a estar residiendo en Cataluña, no se encuentren dentro de

estos colectivos, se les asegura en todo caso la asistencia sanitaria de urgencia.

En definitiva, la Comunidad Autónoma de Cataluña da el paso definitivo para poder hablar de universalidad real y efectiva de la prestación sanitaria (anticipándose al Estado, una vez más). No obstante, llamo la atención sobre la regulación que hace del procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, pues cabría entender que tal procedimiento lo es exclusivamente para el derecho a la asistencia sanitaria con cargo al Servicio Catalán de Salud -sin comprometer al SNS- y sólo desde esa perspectiva sería admisible, pues de lo contrario, ¿en qué lugar quedaría el Instituto Nacional de Seguridad Social?.

Sin abandonar la Comunidad Autónoma de Cataluña, señalar que el art. 12 de la Ley 21/2000 de Cataluña ha sido recientemente modificado por Ley 16/2003, de 10 de junio. Esta Ley viene a actualizar los períodos de conservación de la historia clínica que deberán ser tenidos en cuenta por aquellos centros sanitarios y profesionales que ejerzan en Cataluña. No se dispone de un plazo único de conservación de las historias, sino que se establece un periodo de 15 años a contar desde la fecha del alta asistencial para la conservación de los siguientes documentos: las hojas de consentimiento informado, los informes de alta, los informes quirúrgicos y el registro de parto, los datos relativos a la anestesia, los informes de exploraciones complementarias, los informes de necropsia y los informes de anatomía patológica.

La documentación no mencionada expresamente, y que forma parte de la historia clínica, podrá destruirse transcurridos cinco años desde la fecha de alta, a decisión de la Dirección Médica, y previo informe adoptado por una comisión técnica en materia de documentación clínica que crea la propia Ley. No obstante, contempla la posibilidad de que se puedan conservar otros documentos por razones asistenciales, o de otra índole (epidemiológicos...).

B). PRINCIPALES NOVEDADES DE LEY 2/2011, DE 4 DE MARZO, DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

1.- Nuevos principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas.

2.- Organismos Reguladores. El personal de estas entidades se designará teniendo en cuenta lo que dice el art. 13 del EBEP para el caso de los directivos, y para el resto del personal conforme a las previsiones del art. 55 del EBEP.

3.- Sostenibilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas (art. 32). Para garantizar la sostenibilidad presupuestaria, las Administraciones tienen que aplicar unas políticas de contención del gasto, y se adecuarán a los principios de estabilidad presupuestaria, transparencia, plurianualidad y eficacia. Las disposiciones legales y reglamentarias, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, deberán valorar sus repercusiones y efectos de forma que se garantice la sostenibilidad presupuestaria.

4.- Silencio Administrativo. Art. 40

Se amplía el ámbito del silencio positivo. El Gobierno en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación del sentido del silencio administrativo en los procedimientos que no se consideren cubiertos por razones imperiosas de interés general. Las Comunidades Autónomas evaluarán igualmente la existencia de razones imperiosas de interés general que justifiquen el mantenimiento de los efectos desestimatorios del silencio administrativo.

5.- Incumplimiento del Derecho Comunitario y Responsabilidades de las Administraciones Públicas.

Los incumplimientos, por acción u omisión, respecto de las obligaciones impuestas por las normas de la U.E. y que den lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, determinará que las Administraciones Públicas y las entidades que integran el sector público asuman en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento. El órgano competente para declarar la responsabilidad por dicho incumplimiento y acordar en su caso la compensación de dicha deuda con las cantidades que deba transferir el Estado a la Administración de que se trate, será el Consejo de Ministros.

6.- Acceso al Registro Nacional de Títulos Universitarios y el Registro Nacional de títulos académicos no universitarios.

La ley autoriza expresamente a las Administraciones Públicas para que puedan acceder a estos regis-

tros para la tramitación de los procesos selectivos de personal funcionario o laboral, así como en la aplicación del procedimiento de evaluación y acreditación de las competencias profesionales (léase art. 20 del EBEP).

7.- Contratación Pública.:

7.1. Compromiso del Gobierno de elaborar en un plazo de tres meses un informe sobre la posibilidad de incluir en el precio de los procedimientos de contratación pública el IVA cuando intervengan licitadores exentos del impuesto (Disposición Adicional Vigésima).

7.2. Se añade nuevo supuesto al cuadro de exclusiones de la LCSP, en concreto los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación (art. 4.1.r).

7.3. Modificación del art. 11 del contrato de colaboración público-privada.

7.4. Contratos Privados y Modificaciones de Contrato.

Las Modificaciones de los contratos privados también ahora se regirán por la LCSP, a diferencia del régimen anterior que solo se aplicaba a los contratos administrativos (art. 194). Art. 20.2. Sin embargo el orden jurisdiccional civil seguirá siendo competente. El orden jurisdiccional civil va a seguir conociendo de las controversias que surjan entre las partes en relación con la modificación de estos contratos privados (contrasentido), aunque se rijan por la Ley de Contratos del Sector Público ya que, la Ley 2/2011, no ha modificado lo previsto en el art. 21.2º de la Ley 30/2007.

7.5. A tal efecto se añade a la LCSP el Título V relativo a "Modificación de los contratos" (y al que se remite el art. 202 respecto de la modificación de los contratos administrativos), que incluye en la Ley 30/2007 los artículos 92 bis, 92 ter, 92 cuarter y 92 quinquies.

7.6 Conforme al nuevo régimen de modificación, sólo se va a poder modificar un contrato en dos casos:

1.- Cuando esté expresamente prevista la posibilidad en los pliegos o en el anuncio. En tal caso se debe indicar las condiciones en que podrá hacerse uso, el alcance y los límites así como el % de precio del contrato que puede verse afectado.

2.- Modificaciones no previstas. Sólo cuando se justifiquen suficientemente la concurrencia de una serie de circunstancias (fuerza mayor, inadecuación de la prestación...) y en todo caso no se podrán alterar las condiciones esenciales de la licitación/adjudicación

En este segundo caso, la ley nos facilita la labor de qué hemos de entender por "*alteración sustancial*" incorporando un elenco de supuestos, como por ejemplo, exceder del 10% del precio del contrato, o bien cuando pueda presumirse que hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados.

7.7. En cualquier caso, no se puede utilizar la modificación para:

- a) Adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas,
- b) Ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o
- c) Incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente.

7.8. Deja bien claro la ley qué no son modificaciones contractuales (art. 92 bis de la LCSP)

- a) La sucesión en la persona del contratista,
- b) La cesión del contrato
- c) La revisión de precios y
- d) La prórroga del plazo de ejecución,

7.9. El importe previsto de la modificación ahora se debe incluir para calcular el valor estimado del contrato.

7.10 Resolución del contrato y modificación. La Obligatoriedad de la modificación.

Hasta ahora el contratista podía resolver el contrato cuando la modificación implicaba una alteración del precio en cuantía superior al 20% del precio primitivo, vamos que no resultaba obligatoria.

Ahora se establece que "*en estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas*", y, en consecuencia, desaparecen como causa de resolución del contrato a instancia del contratista. De hecho el art. 206 d la LCSP ya no incluye esta causa como posible resolución de contrato.

7.12. Nuevas Causas de Resolución de contrato.

Son nuevas causas de resolución del contrato:

- a) Imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados
- b) Posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el Título V del Libro I.

Precisamente para este último caso, se ha modificado el art. 208 incorporando nuevo efecto, el derecho del contratista a ser indemnizado con un 3% del importe de la prestación dejada de realizar, y además, al mismo tiempo, se podrá hincar el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, aunque bien es verdad que la adjudicación de éste último queda condicionada a la terminación del expediente de resolución.

7.13. Posibilidad de imponer al adjudicatario la obligación de subcontratar una parte de la prestación nunca superior al 50%, con terceros no vinculados al mismo, siempre que se advierta en el pliego como condición especial de ejecución.

7.14. Se modifican algunos de los contratos típicos, como el de obras y el de concesión de obra pública y el de suministro.

7.15 Nueva disposición adicional la 35ª de la LCSP que, recogiendo la doctrina del TJUE, admite que los contratos públicos y concesiones puedan adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta, pero siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas de la LCSP, y no se vayan a introducir modificaciones en el objeto y condiciones del contrato que en su momento fueron tenidas en cuenta para la selección del socio privado.

7.16. Nuevo Texto Refundido para el día 6 de Marzo de 2012.

7.17. El contrato de gestión de servicio público.

Ahora se incluye a las Mutuas de AT/EP como posibles órganos de contratación para que puedan celebrar contratos de gestión de servicio público, siempre que la prestación consista en la gestión de la prestación sanitaria.

Curioso, no son Administración pero pueden celebrar un tipo de contratos que por definición se

predican de actividades propias de la Administración.

8.- Modificación de la Ley 30/1992

8.1 Se modifica el art. 142.3 de la Ley en relación con la determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, y se dice que el dictamen del Consejo de Estado/Consejo Consultivo será preceptivo cuando las reclamaciones sean de cuantía igual o superior a 50.000 €

2.- INFORMES Y DOCUMENTOS

2.1. PRESTACIONES SANITARIAS Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

A) OBSERVACIONES AL INFORME 00272/2010 DEL GABINETE JURÍDICO DE LA AEPD SOBRE LOS REGISTROS DE OBJETORES DE CONCIENCIA PARA LA IVE.

El informe analiza cuatro cuestiones relacionadas con la puesta en marcha de estos registros por parte de las Administraciones Sanitarias por su relevancia desde el punto de vista de la legislación sobre protección de datos de carácter personal:

- a) La legitimación para el tratamiento de los datos personales de los profesionales sanitarios objetores de conciencia.
- b) La competencia para la llevanza del mismo
- c) El alcance de las cesiones de datos relativos a la condición de objetor del profesional sanitario
- d) El ejercicio por éste de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición.

CONSIDERACIONES PREVIAS.- Previamente al análisis de las cuestiones antes reseñadas, la AEPD entra a realizar unas breves consideraciones sobre la naturaleza jurídica del derecho a la objeción de conciencia, consideraciones que se compadecen mal con las conclusiones a las que llega la Agencia al estudiar, de forma particularizada, las cuatro cuestiones ya apuntadas.

La AEPD invoca a tal efecto la STC 53/85 para recordar que estamos ante un derecho que hunde sus raíces en el art. 16 de la CE -derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto-, lo que a su vez hay que se conectar con la previsión de la LO 2/2010, de que el profesional sanitario que desee objetar en conciencia a la práctica

de la IVE lo debe poner de manifiesto de forma anticipada y por escrito, lo que supone según la Agencia, la necesidad que exista un “archivo o registro” en el que pueda conservarse la constancia documental de la condición de objetor. Para la AEPD, la exigencia de la manifestación expresa del profesional tiene como objeto “*garantizar en todo caso el ejercicio de un derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa del profesional sanitario...*”

Si, como señala la Agencia en su informe, estamos ante un derecho fundamental ¿cómo es posible hacer depender su ejercicio legítimo, del cumplimiento de un requisito formal como la inscripción del profesional en un registro? Llama la atención, que la STC que cita el informe para apuntalar los comentarios relativos al derecho a la objeción de conciencia, dice que “*cabe señalar que, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación...*”. Erróneo punto de partida el de la AEPD si lo que se quería era resaltar la idoneidad de tales registros.

En segundo lugar, y sin abandonar este estudio preliminar sobre la objeción de conciencia y los registros de profesionales, resaltar el confuso y equívoco empleo que hace la AEPD de los términos “registro” y “archivo”.

Buen ejemplo de tal distinción lo encontramos en:

a) El diverso tratamiento jurídico que brinda la Ley 30/1992 a las solicitudes de acceso de los ciudadanos cuanto éstas se refieren a archivos - documentos que deben corresponderse con procedimientos administrativos ya finalizados- a diferencia del acceso al contenido de los registros, que escapa a esta limitación sustancial. (Art. 37 de la Ley 30/1992).

b) La definición que de “archivos” facilitan las distintas leyes de patrimonio documental -estatal y autonómica- van en la línea de considerar que se trata de colecciones orgánicas de documentos reunidos para su conservación y posterior utilización. En este sentido, la Ley de Castilla-La Mancha atribuye a los “archivos” como finalidad, “*la de servir a la gestión administrativa*”. Esta visión de lo que es un archivo encaja a la perfección con lo que dice el art. 3 LOPD que es un fichero “*todo conjunto organizado de datos de carácter perso-*

nal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”.

c) Un ejemplo del empleo de esta acepción del vocablo “*archivo*” lo encontraríamos en la propia Ley 11/2007, que contempla la creación en cada Administración de un “*archivo electrónico de documentos*”.

d) Por el contrario, un registro presenta como nota característica el hecho de atribuir efectos jurídicos a los actos que a ellos se incorporan.

TERCERO.- Sobre las cuestiones de fondo. La legitimidad para el tratamiento de los datos.

El carácter preceptivo del consentimiento expreso y por escrito del interesado para que se puede proceder al tratamiento de sus datos cuando éstos son alguno de los que recoge el art. 7.2 de la LOPD (datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias), ha de entenderse cumplida en estos casos si entendemos que la necesaria manifestación expresa que debe ser llevada a cabo para que proceda el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, implica una manifestación pública, pues esta declaración de voluntad del interesado debe ser conocida para que la propia Administración pueda permitir el ejercicio de tal derecho. De este modo cabría entender que la manifestación de objeción de conciencia, y el necesario consentimiento para el tratamiento de datos, van irremisiblemente unidos, “*la propia manifestación de voluntad del interesado haciendo pública su condición de objetor supone la prestación de un consentimiento (...) para que pueda ser identificado como tal en el registro...*”

Ahora bien, la Agencia señala que en todo caso, si finalmente se articulase un procedimiento para la realización de tal manifestación, lo que sí se debería cumplir es el deber de información consagrado en el art. 5 de la LOPD para garantizar, en todo caso, el tratamiento de sus datos.

CUARTO.- Competencia para la gestión del registro

La Agencia, ante la falta de desarrollo reglamentario de la ley en este punto, se decanta porque sea la Administración la encargada de velar por la prestación del servicio, la que deba mantener el citado registro y asumir la condición de responsable del tratamiento. No obstante, admite que puedan existir otros registros de los que sean responsables los

colegios profesionales u otras entidades de derecho público, aunque la Agencia -quizá por no tratarse de una materia propia de su ámbito de competencia-, no llega a adentrarse a estudiar cómo se articularían, caso de crearse tales registros paralelos por otras corporaciones, las relaciones entre los registros de los colegios y los registros de la Administración. ¿Será suficiente con que la manifestación pública y expresa de objeción de conciencia se haya realizado ante la organización colegial para eximir del cumplimiento de este deber ante la Administración? ¿Qué alcance tendría la declaración de voluntad inscrita en el registro de la Administración? ¿Comprendería también la actividad asistencial a realizar en la sanidad privada si entendemos tal y como hace la Agencia que estamos ante un derecho fundamental, cuyo ejercicio va más allá de si estamos ante un centro de titularidad pública o privada? (señalar que la IVE se puede practicar también en los centros sanitarios privados concertados/vinculados con la Administración Pública).

La Agencia en ningún momento se pronuncia sobre la Administración competente para la creación de estos registros, pues lo que la Ley Orgánica prevé en este punto es que *“Los servicios públicos de salud, en el ámbito de sus respectivas competencias, aplicarán las medidas precisas para garantizar el derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos y con los requisitos establecidos en esta ley”*

¿Entra dentro de las respectivas competencias de los servicios públicos de salud la creación de tales registros?

Si entendemos que estamos ante registros administrativos en lugar de ante registros jurídicos, sí podríamos defender su constitución por los Servicios de Salud como herramienta de control y planificación de la actividad asistencial para garantizar el derecho de las embarazadas a la práctica de la IVE en los supuestos y con los requisitos que marca la ley. Pero, aún en tal caso, se podría suscitar la duda de, hasta qué punto el desarrollo reglamentario de previsiones contempladas en una ley orgánica puede ser acometido por las Administraciones de las CC.AA. Quizá lo más acertado sea considerar que la creación de estos registros deba ser tarea encomendada al Estado, mientras que su mantenimiento y gestión de forma descentralizada, correrá a cargo de las respectivas Administraciones Sanita-

rias, de forma similar a como acontece con otros registros sectoriales.

En cualquier caso, lo que no cabe duda es que los registros en cuestión no pueden ser regulados de forma tal que su creación responda más a las características propias de un registro jurídico que a las de un registro administrativo, o lo que es lo mismo, de la inscripción en estos registros no se podrían derivar efectos o consecuencias jurídicas que delaten los efectos constitutivos del registro en lugar de su eficacia meramente “ad probationem”. De lo contrario, ¿qué validez tendría por ejemplo la declaración de objeción realizada por un profesional sanitario, con carácter previo a la práctica de la IVE, pero sin que se hubiera inscrito en el registro autonómico creado al efecto? ¿se podría cercenar lo que, para la Agencia, sería el contenido esencial de un derecho fundamental, por la comisión de una infracción formal?

QUINTO.- Ejercicio de los Derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición).

El acceso a la información obrante en este registro debería quedar limitada, al margen del propio interesado, por supuesto, a la Administración y a los pacientes, si bien en este último caso siempre que tal petición estuviese fundamentada en un interés legítimo. Sin embargo, creo que la mención hecha al interés legítimo carece de sentido toda vez que la paciente embarazada que pretenda acceder a esta información lo hará siempre esgrimiendo, no la titularidad de un interés legítimo, sino la titularidad de un derecho subjetivo como es el derecho a la prestación sanitaria de la IVE, y en todo caso, habría que tener en cuenta que la Ley 30/1992, cuando regula el acceso a expedientes en los que se contienen datos nominativos de personas, exige que se esté en posesión de un interés legítimo y directo (no simplemente legítimo).

Por otro lado, entiendo que en relación con el acceso a esta información por parte del paciente, podría plantearse una situación que no ha contemplado la Agencia en su informe, ¿qué sucede si el profesional sanitario decidiese ejercitar, frente a la pretensión de la paciente (que no de la Administración) de acceder a esta información, su legítimo derecho de oposición?

Mayores problemas suscita el ejercicio por el propio interesado de los derechos de cancelación y oposición.

Para la Agencia, el ejercicio por el interesado del derecho a que se cancelen sus datos personales que figuran en el registro, o el derecho a oponerse a que se proceda al tratamiento de tales datos, resulta incompatible con el mantenimiento mismo de la condición de objetor, ya que como ha quedado expuesto anteriormente, para la Agencia la manifestación pública de objeción de conciencia y el necesario consentimiento para el tratamiento de datos personales van unidas, y por tanto, si el interesado solicitase la supresión de sus datos personales ello supondría la revocación de su consentimiento, y por ende, también llevaría aparejada la pérdida de la condición de objetor de conciencia.

Discrepo con el parecer de la Agencia, la sombra del requisito formal no puede llegar a eclipsar por completo el contenido sustantivo de un derecho, que, insisto, la propia Agencia llega a tildar de derecho fundamental. Además hay que advertir que el derecho a la protección de datos de carácter personal es un derecho fundamental bifronte, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, esto es, un derecho con sustantividad propia y un derecho instrumental que opera como garantía de otros derechos fundamentales. ¿Se puede privar de efectividad a un derecho fundamental por que se hayan infringido requisitos formales impuestos por la legislación reguladora de otro derecho fundamental, como es el derecho a la protección de datos de carácter personal?

B) DICTAMEN 1/2010 SOBRE LOS CONCEPTOS DE RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO Y ENCARGADO DEL TRATAMIENTO ELABORADO POR EL GRUPO DEL ARTÍCULO 29 SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS.

El grupo de expertos concluye en su dictamen, que el concepto de responsable del tratamiento es autónomo, en el sentido de que debe interpretarse fundamentalmente con arreglo a la legislación comunitaria de protección de datos, lo que obliga a verificar si concurren o no los tres elementos esenciales:

- a) El aspecto personal (la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismos).
- b) La posibilidad de un control plural (solo o conjuntamente con otros)

- c) Los elementos esenciales para diferenciar esta figura de otras afines, a saber que “*determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales*”.

Respecto del concepto de encargado del tratamiento, el grupo considera que para poder actuar como tal tienen que darse dos condiciones básicas:

- a) Ser una entidad jurídica independiente del responsable del tratamiento
- b) Realizar el tratamiento de datos personales por cuenta del responsable, una actividad que puede limitarse a una tarea o contexto muy específico, o dejar un cierto grado de discrecionalidad sobre cómo servir los intereses del responsable del tratamiento

2.2. GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN SANITARIA

A) INFORME DE LA PONENCIA DE ESTUDIO DE LAS NECESIDADES DE RECURSOS HUMANOS EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

El informe es interesante, permite conocer datos curiosos sobre el gasto sanitario de nuestro país, el peso presupuestario de los recursos humanos de los Servicios de Salud, el nº de profesionales sanitarios, la supuesta carestía de médicos, o la situación particular de algunas especialidades.

Entre las recomendaciones para abordar la política de recursos humanos en el SNS se recogen, entre otras:

- a) La necesidad de impulsar el Sistema de Registro Nacional de Profesionales Sanitarios
- b) La coordinación de las políticas asistenciales en el seno del C.I. con el establecimiento de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos en todo el SNS. Entre los objetivos de este plan, se encontraría la “*desfuncionarización*” de la profesión médica, flexibilizando el empleo.
- c) La modificación de las políticas retributivas para evitar desplazamientos en determinadas especialidades
- d) Abordar la problemática de los profesionales sanitarios que ejercen tan solo con el título de licenciado

- e) Afrontar la situación de determinados profesionales sanitarios, como es el caso de los psicólogos, dietistas, podólogos, ortoprotésicos, fisioterapeutas, así como los ópticos-optometristas, de los que se dice se hace necesaria su incorporación al SNS debiendo existir en cada centro de salud

Una recomendación curiosa: se establece la necesidad urgente de iniciar la formación de pacientes, al modo de los programas de paciente experto y paciente tutor

B) DOCUMENTO SEMFYC SOBRE “MEDIDAS BÁSICAS PARA MEJORAR LA GESTIÓN DE LOS PROCESOS DE IT”. Nº 28 AÑO 2010.

La Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria, a través del presente documento, pone de manifiesto las principales debilidades de las que adolece el actual modelo de tramitación y gestión de los procesos de incapacidad temporal, excesivamente burocratizados, con la consiguiente banalización del acto médico, que se convierte de este modo, en un trámite imprescindible pero rutinario, desprovisto de todo su valor.

El documento, además de recalcar que los partes de baja médica pueden ser expedidos por cualquier facultativo con independencia del nivel asistencial en el que preste servicios, recoge una serie de propuestas de mejora orientadas a dinamizar los trámites de este proceso y mejorar la indicación terapéutica de la IT, ajustándola a criterios clínicos basados en la duración estimada de cada proceso, y la evaluación realizada por el médico.

C) INFORME 7/2010 DE 28 DE JULIO DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE CATALUÑA.

La Junta Consultiva informa las disposiciones recogidas en Decreto por el que se crea el Sistema Sanitario Integral de Utilización Pública de Cataluña, formado por tres redes:

- a) La red de centros de internamiento de utilización pública de Cataluña, a la que podrán adherirse los titulares de centros sanitarios privados en los términos previstos en el enigmático art. 67 de la LGS (Convenios Singulares de Vinculación), aunque no da más pistas de cómo se articulará dicha integración.

- b) La red de centros y servicios sanitarios de ámbito comunitario de utilización pública de Cataluña, que prevé la integración en ella de proveedores de servicios sanitarios de titularidad privada mediante el establecimiento de un contrato marco

- c) La red de servicios de transporte sanitario de utilización pública de Cataluña

Para aquellos proveedores que quieran incorporarse con posterioridad, se contempla la existencia de un “*catálogo de potenciales proveedores*”, cuya integración se llevará a cabo a través de un procedimiento restringido.

2.3.- ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA

A) DIRECTIVA 2011/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 9 DE MARZO DE 2011, RELATIVA A LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES EN LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA.

1.- Ámbito de aplicación y Relaciones con los Sistemas de SS.

- a) La Directiva regula los derechos de los pacientes que deciden solicitar asistencia sanitaria en un Estado miembro que no sea el Estado de miembro de afiliación, sin distinguir si se trata de centros sanitarios públicos o privados, como así se colige de lo dispuesto en el art. 1.2 al afirmar que “*la presente Directiva es aplicable a la prestación de asistencia sanitaria a los pacientes, con independencia de cómo se organice, se preste y se financie*”.

Según se recoge en los “considerandos” preliminares al articulado de la Directiva, “*La presente Directiva no da derecho a las personas a entrar, permanecer o residir en un Estado miembro con el fin de recibir asistencia sanitaria en dicho Estado miembro*”

- b) No desplaza a los Reglamentos comunitarios para la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Es decir ambos sistemas (el de la Directiva y el de los Reglamentos comunitarios) van a coexistir

- c) En cuanto a los Estados miembros, éstos asumen el deber de informar debidamente al paciente de cuál de las dos vías resulta más ventajosa.

En este sentido el artículo 5 de la Directiva establece expresamente entre las obligaciones del Estado de afiliación, que la “*información relativa a la asistencia sanitaria transfronteriza distinguirá claramente entre los derechos reconocidos a los pacientes en virtud de la presente Directiva y los derechos derivados del Reglamento 883/2004*”.

d) ¿Cómo se canaliza esta información? A través de los puntos nacionales de contacto.

2.- Exclusiones

El ámbito subjetivo de la Directiva excluye los servicios de cuidados de larga duración que precisen las personas para la realización de los actos cotidianos de la vida diaria (dependencia), trasplante de órganos y programas de vacunación pública.

3.- Transversalidad de la Directiva

El carácter transversal de la Directiva no afecta a la vigencia de un amplio elenco de disposiciones normativas comunitarias, que complementan la vigencia de la Directiva en sus respectivos ámbitos sectoriales, como es el caso a título de ejemplo de la Directiva 95/46 de protección de datos de carácter personal.

4.- Alcance del derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza

a) A los efectos de esta Directiva, el derecho al reembolso de los gastos sanitarios no se limita exclusivamente a los derivados de la prestación sanitaria, sino que incluye también los propios de la prestación farmacéutica (receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios)

b) Deja abierta la posibilidad de que los distintos Estados miembros puedan añadir otros gastos susceptibles de reembolso, como los gastos de alojamiento y de viajes.

c) Para que el reembolso opere, resulta imprescindible que dicha asistencia sanitaria figure entre las prestaciones a las que tiene derecho el asegurado en el Estado miembro de afiliación, (art. 7.1 de la Directiva y considerando 34), de modo que el reembolso queda limitado a la asistencia sanitaria a la cual el asegurado tenga derecho conforme a la legislación del Estado miembro de afiliación.

Dicho de otro modo (vertiente negativa), “*La presente Directiva tampoco pretende crear el derecho*

al reembolso del coste de la asistencia sanitaria dispensada en otro Estado miembro, si dicha asistencia sanitaria no se encuentra entre las prestaciones establecidas por la legislación del Estado miembro de afiliación del asegurado” (Considerando 33 de la Directiva).

Esta previsión merece una valoración positiva, que al menos se respete la cartera de servicios nacional, lo que no siempre ha sido así al existir algunos pronunciamientos judiciales más que controvertidos que han cuestionado los límites materiales del SNS.

d) Se consagra el derecho a la continuidad de documentación clínica (la Directiva no lo recoge con esta denominación, pero sí que apunta a que así sea). El art. 7.2.f) dispone en relación con las obligaciones del Estado de tratamiento el derecho de los pacientes, en aras de la continuidad de la atención, a que “*tengan derecho a obtener en papel o en forma electrónica la historia clínica de dicho tratamiento y como mínimo una copia del mismo*”, y el art. 5.d) en relación con los compromisos que corresponden al Estado de afiliación, señala “*que los pacientes que traten de someterse o se sometan a tratamiento transfronterizo tengan acceso remoto a su historial médico o dispongan como mínimo de una copia del mismo...*”

e) El art. 7.5 de la Directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan adoptar disposiciones “*con el fin de garantizar que los pacientes disfruten cuando reciban asistencia sanitaria transfronteriza, de los mismos derechos que hubieran disfrutado de haberla recibido en una situación comparable en el Estado miembro de afiliación*”

5.- El Reembolso de gastos

a) Corresponde a cada Estado miembro determinar a qué asistencia sanitaria cuyos gastos deban ser asumidos, tiene derecho el asegurado (art. 7.3 de la Directiva), así como el nivel de asunción de dichos gastos.

b) A los efectos de calcular los costes por la prestación de asistencia sanitaria, se establece la obligación de los Estados miembros de tener “*un procedimiento transparente para el cálculo de los costes de la asistencia sanitaria transfronteriza*”. (art. 7.6). No obstante la propia Directiva advierte que los gastos que haya que abonar tienen como

límite cuantitativo “*hasta la cuantía que habría asumido dicho Estado si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en su territorio, sin exceder del coste real de la asistencia sanitaria efectivamente prestada*”. (art. 7.3).

En esta misma línea, véase el considerando 32 que reza del siguiente modo “*En ningún caso deben los pacientes obtener ventaja financiera alguna de la asistencia sanitaria prestada en otro Estado miembro, y la asunción de los costes debe limitarse únicamente, por tanto, a los costes efectivos de la asistencia recibida*”.

c) Modalidades para satisfacer los gastos sanitarios ocasionados: Se contemplan dos, el reembolso de los gastos contraídos por el paciente que haya recibido la asistencia o bien el abono directo por el Estado miembro.

d) Regla general: El Estado de afiliación no supeditará el reembolso de los gastos a autorización previa salvo que concurren los casos que se contemplan en el art. 8 de la directiva. (art. 7.5). Más genérico y amplio es el contenido de la Consideración 38 según la cual no cabe supeditar la asunción de los costes a autorización previa “*cuando dicha asistencia, de haber sido dispensada en su territorio, hubiera sido asumida por su sistema de seguridad social o sistema nacional de sanidad obligatorio*”.

6.-Procedimiento Administrativo para la prestación de asistencia sanitaria transfronteriza, y el posterior reembolso

a) Fijación de plazos razonables

b) Valoración, a los efectos de evaluar las solicitudes de asistencia sanitaria transfronteriza, de la afección específica y la urgencia/circunstancias individuales.

7.- Límites al derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza. La Autorización Previa.

a) Exigencia del requisito de autorización previa:

- Cuando el paciente deba pernoctar en el hospital al menos una noche, o bien cuando se exija en empleo de infraestructuras o equipos médicos sumamente especializados. La concurrencia de alguna de estas circunstancias debe ir acompañada de la existencia de necesidades de programación o el deseo de controlar los costes y evitar despilfarro de los recursos técnicos, humanos y financieros.

- Hay otros dos supuestos en los que se exige el requisito de la autorización previa, ambos con un común denominador: la seguridad del paciente. En efecto se exige este requisito si el tratamiento pueda suponer “*un riesgo particular para el paciente o la población*” o cuando la prestación de la asistencia “*pueda suscitar motivos graves y específicos de inquietud en relación con la calidad o seguridad de los cuidados...*”

b) No existe obligación de tener que aceptar a pacientes de otros Estados para tratamientos planificados o darles prioridad en detrimento de otros pacientes, por ejemplo, si aumentara el tiempo de espera de otros pacientes. La entrada de pacientes puede crear una demanda la capacidad existente de un Estado miembro en relación con un tratamiento en particular (Considerando 21).

Póngase en relación esta previsión con lo que dice el articulado de la Directiva al señalar que, será causa de denegación de la autorización previa solicitada “*cuando pueda prestarse en su territorio en un plazo médicamente justificable, teniendo en cuenta el estado de salud de cada interesado en el momento y la posible evolución de su enfermedad*”. (art. 8.6. d) de la Directiva).

A su vez, en esta misma línea de resaltar la importancia de las listas de espera, el Considerando 43 resalta la misma idea, al señalar que “*la denegación de la autorización previa no puede basarse en la existencia de listas de espera en el territorio nacional (...) sin que previamente se haya procedido a una evaluación médica objetiva*”.

8.-Mecanismos de Responsabilidad, Calidad y Seguridad del Paciente.

a) Se recoge el compromiso de que los Estados miembros deben disponer de los mecanismos necesarios para responder de los daños derivados de la asistencia sanitaria. En este sentido, el art. 4.2 establece entre las obligaciones que debe asumir el Estado de tratamiento, las relativas, entre otras, a que “*se instauren procedimientos y mecanismos transparentes de presentación de reclamaciones (...) de acuerdo con la legislación del Estado miembro de tratamiento cuando sufran daños de resultados de la asistencia sanitaria recibida*” y “*se disponga de sistemas de seguro de responsabilidad profesional o garantías similares...*”

b) La preocupación por la calidad y seguridad de la asistencia sanitaria cristaliza en la exigencia del re-

quisito de autorización previa cuando la prestación del servicio se efectúe por un prestador que pueda suscitar motivos graves y específicos de inquietud en relación con la calidad o seguridad de los cuidados (art. 8), y añade en el art. 8.6, entre los supuestos en los que se puede denegar la autorización solicitada, “vaya exponerse (el paciente) a un riesgo que no pueda considerarse aceptable”, “...cuando la población en general pueda quedar expuesta a un riesgo sustancial...” o cuando “dicha asistencia sea proporcionada por un prestador de asistencia sanitaria que suscite motivos graves y específicos de inquietud respecto a las normas y directrices relativas a la calidad y a la seguridad del paciente...”.

9.- Prestación Farmacéutica

a) Derecho a que el paciente pueda recibir cualquier medicamento cuya comercialización se haya autorizado en el Estado miembro del tratamiento, aún en el caso de que la comercialización del medicamento no esté autorizada en el Estado miembro de afiliación. (Considerando 36).

b) En el caso en que el medicamento en cuestión no esté incluido entre las prestaciones a las que tiene derecho el asegurado por el Sistema de Seguridad Social o Sistema Nacional de Sanidad del Estado miembro de afiliación, éste no vendrá obligado a reembolsar los gastos.

c) El reconocimiento de las recetas en otros Estados miembros no debe afectar a ninguna obligación profesional ni ética que pudiera exigir del farmacéutico la negativa a dispensar el producto recetado. (Léase Objeción de conciencia)

d) El reconocimiento de recetas tendrá lugar siempre que éstas hayan sido expedidas por un miembro de una profesión regulada en la acepción del artículo 3 apartado 1 letra a) de la Directiva 2005/36 CE.

10.- Cooperación en la evaluación de las tecnologías sanitarias

La Directiva no crea nada nuevo, es más modesta en este punto, y se contenta con apoyar y facilitar la creación de una red voluntaria formada por las autoridades u organismos de evaluación de las tecnologías sanitarias que designen los Estados miembros.

11.- Enfermedades Raras

a) En los casos de solicitud para recibir asistencia sanitaria programada en otro Estado miembro por

padecer enfermedad rara, es imprescindible que se practique una previa evaluación clínica por expertos en ese ámbito (art. 8.4 de la Directiva)

b) Desde el punto de vista de las instituciones sanitarias, se configura una red europea de centros de referencia (art. 12)

c) Desde la perspectiva de las instituciones comunitarias, y en particular de la Comisión, se pone de manifiesto el deber de concienciar a los profesionales sanitarios de las herramientas disponibles para ayudarles a diagnosticar correctamente las enfermedades raras.

2.4.- BIOÉTICA

A) DECLARACIÓN DE LA COMISIÓN DE BIOÉTICA DE LA SEGO SOBRE LA LEY ORGÁNICA 2/2010 DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.

Con esta declaración, la Comisión de Bioética de la SEGO aborda tres cuestiones:

a) La inseguridad e incertidumbre que planten los términos “anomalía fetal incompatible con la vida”, y qué se entiende por “enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento de diagnóstico

b) Los aspectos metodológicos del funcionamiento interno de los comités clínicos.

c) Condiciones especiales en la Gestación Gemelar.

Para la comisión, el funcionamiento de estos nuevos comités no debiera diferir en cuanto a metodología del funcionamiento de los comités de ética asistencial, por lo que sugiere la utilización de una metodología bioética basada en:

a) Aspectos Médicos (estudio del diagnóstico, las posibilidades reales de tratamiento y alternativas posibles, así como el análisis de las consecuencias de cada alternativa, es decir de la finalización o no del embarazo).

b) Análisis de los valores, que en este caso serán también los valores propios que encarna el nasciturus.

c) Calidad de Vida del sujeto, teniendo en cuenta parámetros tales como, el tiempo de supervivencia previsible, el grado de desarrollo neurológico pre-

visible o el tipo y grado de dependencia previsible y las condiciones futuras de vida.

d) Otros factores, como son las consecuencias para la madre, para la familia y los factores sociales.

B) INFORME DE LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE BIOÉTICA Y ÉTICA MÉDICA (AEBI) ACERCA DE LA DECLARACIÓN DE LA COMISIÓN DE BIOÉTICA DE LA SEGO SOBRE LA LEY ORGÁNICA 2/2010

En el informe en cuestión se critica el contenido de la anterior Declaración en base a las siguientes consideraciones:

a) Se traslada a los Comités Clínicos la labor de evaluar cada caso concreto y la responsabilidad de decidir sobre la interrupción de la gestación.

b) Se defiende una visión de la Medicina que no admite la deficiencia, acepta la eugenesia prenatal, y genera una grave discriminación de los nacidos y adultos que padecen enfermedades incurables.

c) No corresponde a la Medicina, y menos aún a un Comité Clínico, decidir qué es la vida humana y el nivel de calidad de vida exigible para conservarla.

En otro orden de cosas, esta misma Asociación realiza un pronunciamiento muy conservador sobre el alcance del derecho a la objeción de conciencia para que se distinga, en relación con la práctica de pruebas diagnósticas prenatales, entre lo que sería el acto médico de control de diagnóstico del feto (mujeres embarazadas que se encuentran en situación de alto riesgo), de lo que sería la participación en el programa de las autoridades sanitarias de uso del diagnóstico prenatal como medio de prevención de enfermedades o defectos genéticos, ya que es un hecho que se ha establecido una conexión entre diagnóstico prenatal y aborto eugenésico. En esta línea recuerdan la recomendación de la OMS, de que se reconozca el derecho a la objeción de conciencia al diagnóstico prenatal -es decir, no solo a la IVE- de quienes se oponen al aborto.

C) COMISIÓN CENTRAL DE ÉTICA Y DEONTOLOGÍA MÉDICA DE LA OMC. DOCUMENTO SOBRE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA PRÁCTICA MÉDICA. JUNIO 2010.

El documento constituye una reflexión sobre la importancia del Consentimiento Informado desde un doble punto de vista: el bioético y el legal.

Desde la primera perspectiva, sin decir nada nuevo, cabría destacar como meritorio, la importancia que le concede la propia organización colegial a esta figura, y la necesidad de desterrar la visión burocrática que del consentimiento informado se tiene en el mundo médico. Sin embargo, desde la perspectiva legal, a mi modo de ver, este documento adolece de algunas imprecisiones, en particular cuando entra a analizar la capacidad del menor maduro.

Según este documento, la franja de edad que comprendería el menor maduro abarcaría desde los 13 a los 16 años, de modo que el menor con 12 años cumplidos quedaría excluido del ejercicio de la capacidad de autodeterminación decisoria y, a lo sumo, debería ser oído, según interpretación literal de la Ley 41/2002, cuando la mayoría de la doctrina coincide en que esta polémica franja abarcaría desde los 12 a los 16 años -siempre a efectos de prestar el consentimiento informado-, de modo que sólo cabe el consentimiento por representación respecto a pacientes con edades comprendidas entre doce y dieciséis años, cuando el menor no sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la actuación pretendida.

Por ello, una de las recomendaciones que recoge este documento debería ser objeto de matización, pues el médico no puede informar a los padres en todo caso, siempre que lo considere oportuno y necesario, sino siempre que lo considere oportuno y necesario a la luz de la falta de competencia del menor de edad para tomar una decisión responsable, o bien porque estemos ante un caso de especial relevancia por su gravedad e importancia (una intervención de la que se pueden derivar consecuencias irreversibles ...). Entiendo que de seguir la recomendación de la Comisión en su literalidad, podría comportar, en algunos casos, una vulneración del derecho a la intimidad del menor de edad.

Así lo ha entendido la Comisión de Bioética de Cataluña, que en el documento que lleva por título "*La persona menor de edad en el ámbito de la salud*", de 24 de noviembre de 2009, señala que:

a) Si el facultativo "*considera que tiene (el menor) la capacidad y la madurez suficientes en relación con una intervención o tratamiento en el ámbito de*

la salud y no quiere que se informe de ello a los padres y tutores, el profesional ha de priorizar el deber de respeto a su voluntad y mantener la confidencialidad”

b) Respeto de la capacidad para tomar decisiones, añade que “En general, se presume que la persona de menos de doce años no tiene capacidad o madurez suficientes”.

Finalmente, el documento de la OMC, adolece, además, de algunas carencias, como el hecho de no analizar los casos especialmente conflictivos que pueden plantearse, por ejemplo, cómo debe actuar el médico cuando existe una discrepancia de pareceres entre el paciente menor de edad y sus padres, sobre la procedencia o no de aplicar un determinado tratamiento médico (obviamente en supuestos en los que no concurra la nota de especial gravedad).

D) COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUÑA. DICTAMEN SOBRE EL RECHAZO AL TRATAMIENTO AL FINAL DE LA VIDA . ABRIL DE 2010.

El documento analiza los distintos escenarios con los que se puede encontrar el profesional, y con carácter previo, desmenuza el significado de la capacidad para tomar decisiones en el ámbito sanitario.

El documento se muestra muy autonomista, al reconocer capacidad de decisión al menor con edades comprendidas entre los doce y los dieciséis años, aunque reconoce que en casos difíciles puede ser necesario acudir al Comité de ética del centro, y en última instancia, al juez. Este es un aspecto, el de la capacidad del menor de edad para la toma de decisiones de las que se pueden derivar efectos irreversibles y de gravedad o incluso la muerte, especialmente polémico, existiendo una corriente de opinión que se muestra claramente contraria a esta tesis (Josefa Cantero en su artículo publicado en la Revista de la AJS). Yo no estoy totalmente de acuerdo con lo que la autora plantea, pero sí que quizá sería conveniente reflexionar sobre este asunto, porque de lo contrario podemos caer en el absurdo de exigir la mayoría de los 18 años para otorgar unas Instrucciones Previas para dejar constancia del deseo a rechazar determinados tratamientos fútiles, y en cambio, ahora, en el momento

presente, esa misma decisión la podría tomar el menor de edad por debajo del umbral de los dieciséis años, y con suficiente madurez.

También se analiza en esta primera parte, los efectos de las decisiones adoptadas por sustitución, al igual que las expresadas de forma anticipada (Véase en este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 22 de septiembre de 2004, por el que se estima el recurso de apelación interpuesto contra auto que acordó la autorización de la transfusión sanguínea al recurrente. El Tribunal comprueba que el apelante expresó su voluntad consciente a no recibir un determinado tratamiento incompatible con su religión, decisión que no afecta a la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, como elementos del orden público protegido por la ley, y que por lo tanto debía ser respetada)

El documento pone especial énfasis en distinguir tres tipos de conductas:

a) La conducta del profesional de imponer su criterio al paciente moribundo. Jurídica y éticamente inadmisibles.

b) La objeción de conciencia, que no cabe invocar de modo alguno cuando lo que pretende el médico es imponer al paciente un tratamiento que, éste expresamente ha rechazado. De igual modo, señala que tampoco se puede hacer pasar por objeción de conciencia la decisión del médico de negarse en tales supuestos a aplicar, como alternativa, cualquier otro tratamiento, aún cuando éste sea de índole paliativa.

c) Las conductas que habitualmente se hacen pasar como tal, pero que en realidad, esconden las reticencias del profesional a actuar en unas condiciones de demasiada inseguridad. En estos casos también hay claroscurios.

1.- Si el médico considera que la ejecución de la decisión tomada por el paciente comporta unos riesgos manifiestos, y la actuación profesional se tiene por inútil, o incluso contraproducente, entonces no cabe hablar tampoco de objeción de conciencia, sino de objeción de ciencia o de “criterio de buena práctica y de responsabilidad”.

2.- Tampoco habría objeción de conciencia, si la actuación puede ser útil pero con un riesgo importante, aunque sería una opción perfectamente legítima -pensemos en las intervenciones a los Testi-

gos de Jehová que precisen gran aporte de sangre y con riesgo claro de hemorragias masivas que pueden comprometer la vida del paciente-, y con un límite, que la no aceptación por el profesional no puede suponer el abandono del enfermo.

3.- Por último, lo que sí sería reprochable es la decisión del profesional de negarse a realizar una actuación claramente útil para el paciente, y el riesgo que se corre es remoto.

d) ¿Qué sucede si la decisión del paciente consiste, no ya en rechazar la instauración de un tratamiento, sino en la retirada del ya aplicado, y del que se va a derivar de forma inevitable su fallecimiento?. ¿Tiene cabida aquí la objeción de conciencia?. Para el Comité de Cataluña: “*No hay en principio, ninguna diferencia ética o legal entre no empezarla (la actuación) y detenerla (...) Una pretendida objeción de conciencia en contra de toda retirada de tratamientos vitales no queridos nos llevaría a la vulneración del espíritu y la letra del consentimiento informado*”. Este es un aspecto que no ha sido muy tratado por las disposiciones autonómicas, que en cambio, sí han reconocido abiertamente el derecho a los cuidados paliativos, aún cuando ello pudiera acelerar el éxitus (La Rioja y Cantabria)

Otros documentos de gran interés, estrechamente relacionados con el final de la vida, y cuya lectura se recomienda, son:

a) La Declaración sobre “*la Atención Médica al Final de la Vida*”, de la Asociación Médica Mundial.

b) El documento, que, a modo de glosario, muestra los conceptos sobre la “*Atención Médica al Final de la Vida*”, elaborado a partir de la propuesta del Consejo General de Colegios Médicos de España.

De entre lo más reseñable de este último documento, destacaría la propuesta, muy acertada a mi juicio, de desterrar el empleo de términos equívocos como “*eutanasia pasiva*” y “*eutanasia indirecta*”, que generan confusión y que, en realidad, se están refiriendo a conductas y formas de actuar que han sido avaladas, tanto desde el punto de vista jurídico como ético, por distintas instancias consultivas especializadas, como es el caso de la Comisión de Bioética de Andalucía.

LEGISLACIÓN

Sección a cargo de *Lola González García*

Servicio de Salud de Castilla- La Mancha (Servicio Jurídico)

LEGISLACIÓN ESTATAL

- Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. B.O.E. núm. 152 de 23 de junio de 2010
- Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. B.O.E. núm. 147 de 17 de junio de 2010
- Real Decreto 693/2010, de 20 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1314/1984, de 20 de junio, por el que se regula la estructura y competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social B.O.E. núm. 135 de 3 de junio de 2010
- Real Decreto 824/2010, de 25 de junio, por el que se regulan los laboratorios farmacéuticos, los fabricantes de principios activos de uso farmacéutico y el comercio exterior de medicamentos y medicamentos en investigación. B.O.E. núm. 155 de 26 de junio de 2010
- Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. B.O.E. núm. 155 de 26 de junio de 2010
- Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo. B.O.E. núm. 155 de 26 de junio de 2010
- Orden SAS/1466/2010, de 28 de mayo, que actualiza el Anexo VI 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. 138 de 7 de junio de 2010
- Orden SAS/1729/2010, de 17 de junio, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Enfermería Familiar y Comunitaria. B.O.E. núm. 157 de 29 de junio de 2010
- Orden SAS/1730/2010, de 17 de junio, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Enfermería Pediátrica. B.O.E. núm. 157 de 29 de junio de 2010
- Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos en el Sistema Nacional de Salud. B.O.E. núm. 225 de 16 de septiembre de 2010
- Real Decreto 1132/2010, de 10 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 109/1995, de 27 de enero, sobre medicamentos veterinarios. B.O.E. núm. 233 de 25 de septiembre de 2010
- Real Decreto 1205/2010, de 24 de septiembre, por el que se fijan las bases para la inclusión de los alimentos dietéticos para usos médicos especiales en la prestación con productos dietéticos del Sistema Nacional de Salud y para el establecimiento de sus importes máximos de financiación. B.O.E. núm. 233 de 25 de septiembre de 2010
- Real Decreto 1258/2010, de 8 de octubre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Política Social. B.O.E. núm. 245 de 9 de octubre de 2010
- Orden SAS/2554/2010, de 24 de septiembre, por la que se crea la Comisión Calificadora de Documentos Administrativos del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. B.O.E. núm. 239 de 2 de octubre de 2010
- Orden SPI/3052/2010, de 26 de noviembre, por la que se determinan los conjuntos de medicamentos, y sus precios de referencia, y por la que se regulan determinados aspectos del sistema de precios de referencia. B.O.E. núm. 288 de 29 de noviembre de 2010

- Real Decreto 1527/2010, de 15 de noviembre, por el que se regulan la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos y el Registro de Proyectos de Investigación. B.O.E. núm. 294 de 4 de diciembre de 2010
- Real Decreto 1718/2010 de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación. B.O.E. núm. 17 de 20 de enero de 2010
- Real Decreto 140/2011, de 4 de febrero, por el que se complementa el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, mediante el establecimiento de cuatro cualificaciones profesionales de la Familia profesional Sanidad. B.O.E. núm. 41 de 17 de febrero de 2011
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. BOE nº55, de 5 de marzo de 2011
- Orden SPI/573/2011, de 11 de marzo, por la que se modifican los Anexos III y VII 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. 65 de 17 de marzo de 2011
- Resolución de 23 de marzo de 2011, de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, por la que se autoriza el número máximo de envases por receta de las presentaciones de medicamentos en unidosis cuyo embalaje exterior coincida con su acondicionamiento primario. BOE Nº 78, de 1 de abril de 2011
- organismos modificados genéticamente. BOJA Nº 139 de 16/07/2010
- DECRETO 330/2010, de 13 de julio, por el que se crea y regula el Registro Único de Partos y Nacimientos de Andalucía BOJA Nº 145 de 26/07/2010
- Resolución de 2 de diciembre de 2010, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se modifica el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Andaluz de Salud aprobado por la Resolución de 9 de noviembre de 2004 de este órgano directivo. BOJA Nº 241 de 13/12/2010
- Decreto 439/2010, de 14 de diciembre, por el que se regulan los órganos de ética asistencial y de la investigación biomédica en Andalucía. BOJA Nº 251 de 27/12/2010
- Orden de 17 de enero de 2011, por la que se actualiza el contenido del Anexo del Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia y almacenes farmacéuticos de distribución. BOJA Nº 27 de 08/02/2011
- Orden de 24 de febrero de 2011, por la que se aprueba el Plan Anual de Inspección de Servicios Sanitarios. BOJA Nº 57 de 22/03/2011
- Orden de 2 de marzo de 2011, por la que se aprueba la guía de funcionamiento de los establecimientos sanitarios de audioprótesis. BOJA Nº 57 de 22/03/2011

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

ANDALUCÍA

- Orden de 1 de junio de 2010, por la que se modifica la de 14 de octubre de 2005, por la que se fijan los precios públicos de los servicios sanitarios prestados por centros dependientes del sistema sanitario público de Andalucía. BOJA Nº 124 de 25/06/2010
- Decreto 320/2010, de 29 de junio, por el que se regulan los órganos competentes y los procedimientos administrativos en materia de utilización confinada y liberación voluntaria de
- Resolución de 2 de julio de 2010, de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, por la que se designa el Comité Clínico creado por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOPA Nº 153 del Sábado 3 de Julio de 2010
- Resolución de 22 de junio de 2010, de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, por la que se aprueba la convocatoria pública de subvenciones de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios a asociaciones y fundaciones sin ánimo de lucro para el desarrollo de pro-

ASTURIAS

gramas específicos para reducir el impacto sanitario y social de la infección por VIH-SIDA entre el colectivo gay, lésbico, bisexual y transexual, en el ámbito territorial del Principado de Asturias. BOPA N° 160 del Lunes 12 de Julio de 2010

- Resolución de 14 de febrero de 2011, de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, por la que se crea la Comisión para el seguimiento y desarrollo de mejoras en los Servicios de Salud Mental. BOPA N° 48 del Lunes 28 de Febrero de 2011
- Resolución de 2 de marzo de 2011, de la Consejería de Administraciones Públicas y portavoz del Gobierno y la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, por la que se establecen las instrucciones y normas de tramitación para la acreditación de actividades de formación continuada de las profesiones sanitarias del Principado de Asturias. BOPA N° 53 del Sábado 5 de Marzo de 2011
- Resolución de 23 de febrero de 2011, de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, por la que se regula el funcionamiento de la Comisión Asesora de Bioética del Principado de Asturias. BOPA N° 63 del Jueves 17 de Marzo de 2011

ARAGON

- ORDEN de 18 de diciembre de 2008, del Departamento de Salud y Consumo, por la que se modifica parcialmente el Anexo I de la Orden de 27 de abril de 2007, por la que se regula la acción concertada en materia de prestación de servicios sanitarios. BOA n° 8, de 14 de enero de 2009
- ORDEN de 22 de marzo de 2010, de los Consejeros de Economía, Hacienda y Empleo y de Salud y Consumo, que establece los precios públicos por la prestación de servicios y realización de actividades de la Entidad Pública Aragonesa del Banco de Sangre y Tejidos. BOA n° 122 de 23/06/2010
- ORDEN de 5 de julio 2010, del Departamento de Salud y Consumo, por la que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la

interrupción voluntaria del embarazo. BOA N° 133 de 08/07/2010

- DECRETO 214/2010, de 30 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se modifican el Decreto 197/2009 de 17 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 4/1999, de 25 de marzo, de Ordenación Farmacéutica, en materia de Oficinas de Farmacia y Botiquines y determinados preceptos y el anexo de aquel Reglamento. BOA N° 241 de 13/12/2010
- LEY 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte. BOA N° 70 de 07/04/2011
- Decreto 18/2011, de 8 de febrero, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el reglamento de adaptación del puesto de trabajo y movilidad por motivo de salud de los empleados público del ámbito sectorial de la Administración General de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón. B.O.A. núm. 35 de 18 de febrero de 2011
- Decreto 37/2011, de 8 de marzo, del Gobierno de Aragón, de selección de personal estatutario y provisión de plazas en los centros del Servicio Aragonés de Salud. B.O.A. núm. 55 de 17 de marzo de 2011

BALEARES

- Resolución del secretario general del Servicio de Salud de las Islas Baleares por la cual se establece el procedimiento de tramitación para reconocer el derecho a la asistencia sanitaria de los españoles residentes en el extranjero mientras residen temporalmente en las Islas Baleares BOIB Núm. 091 - 17 / Junio / 2010
- Acuerdo del Consejo de Gobierno de día 18 de junio de 2010 de denegación de la solicitud de creación del Colegio profesional de Técnicos Superiores Sanitarios de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears. BOIB Núm. 102 - 8 / Julio / 2010
- Decreto 91/2010, de 16 de julio por el que se modifica la ordenación sanitaria territorial de las Illes Balears. BOIB Núm. 109 - 22 / Julio / 2010

- Orden del Consejero de Salud y Consumo por la que se determina la composición y el funcionamiento del Comité Clínico de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para la interrupción voluntaria del embarazo BOIB Núm. 124 - 24 / Agosto / 2010
- Decreto 100/2010, de 27 de agosto, por el que se regula el procedimiento de autorización sanitaria de los centros, servicios y establecimientos sanitarios y el funcionamiento del Registro de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios de las Illes Balears BOIB Núm. 131 - 7 / Septiembre / 2010
- Decreto 101/2010, de 27 de agosto, por el que se modifica el Decreto 93/2004, de 5 de noviembre, sobre Fórmulas Magistrales y Preparados Oficinales BOIB Núm. 131 - 7 / Septiembre / 2010
- Acuerdo del Consejo de Gobierno de 12 de noviembre de 2010 por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 4 de noviembre de 2010, por el que se establecen el proceso y las condiciones de la oferta de integración en la condición de personal estatutario fijo que se hará al personal funcionario de carrera y al personal laboral fijo adscrito a centros, establecimientos o servicios gestionados por el Servicio de Salud de las Islas Baleares. BOIB Núm. 167 - 18 / Noviembre / 2010
- Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de salud pública de las Illes Balears BOIB Núm. 002 - 4 / Enero / 2011
- Orden del Consejero de Salud y Consumo de 19 de enero de 2011, por la que fijan las cuantías de las compensaciones por desplazamiento de los usuarios del Servicio de Salud de las Illes Balears por razón de asistencia sanitaria, y se regula el procedimiento para obtenerlas. BOIB Núm. 016 - 1 / Febrero / 2011
- Decreto 7/2011, de 4 de febrero, por el que se crea y regula el Registro de Profesionales Sanitarios de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. BOIB Núm. 022 - 12 / Febrero / 2011
- Ley 1/2011, de 24 de febrero, de transformación de fundaciones del sector público sanitario de las Illes Balears y de determinación del régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias BOIB Núm. 030 - 28 / Febrero / 2011
- Orden del consejero de Salud y Consumo, de 24 de marzo de 2011, por la que se regula la figura del director de zona básica de salud del Servicio de Salud de las Illes Balears. BOIB Núm. 044 - 26 / Marzo / 2011
- Decreto 28/2011 de 1 de abril, por el que se crea la Comisión de Formación Sanitaria Especializada en Ciencias de la Salud de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. BOIB Núm. 053 - 9 / Abril / 2011
- Decreto 27/2011 de 1 de abril, por el que se crea el Comité de Ética de la Investigación de las Illes Balears. BOIB Núm. 053 - 9 / Abril / 2011
- Resolución del consejero de Salud y Consumo de 4 de abril de 2011 de aprobación del contenido de la carta de servicios de la Dirección General de Consumo. BOIB Núm. 053 - 9 / Abril / 2011
- Decreto 35/2011, de 8 de abril por el que se crea el Centro Coordinador de Atención Temprana y Desarrollo Infantil de las Illes Balears. BOIB Núm. 061 - 21 / Abril / 2011
- Ley 1/2011, de 24 de febrero, de transformación de fundaciones del sector público sanitario de las Illes Balears y de determinación del régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias. B.O.E. núm. 65 de 17 de marzo de 2011
- Orden de 20 de abril de 2011, del Consejero de Salud y Consumo, por la que se deroga la Orden del Consejero de Salud y Consumo de 7 de abril de 2011, por la que se regula la estructura orgánica de la Gerencia del área de Salud de Ibiza y Formentera. BOIB Núm. 063 - 26 / Abril / 2011
- Resolución del consejero de Salud y Consumo de 31 de marzo de 2011 de aprobación del contenido de la carta de servicios del Defensor del Usuario del Sistema Sanitario Público de las Illes Balears BOIB Núm. 064 - 28 / Abril / 2011
- Decreto 40/2011 de 29 de abril, por el que se crea la Comisión Técnica de Investigación en Salud. BOIB Núm. 067 - 5 / Mayo / 2011

CANARIAS

- ORDEN de 20 de abril de 2010, por la que se crea el Comité de Seguridad de la Información del Servicio Canario de la Salud BOC N° 106. Miércoles 2 de Junio de 2010
- DECRETO 68/2010, de 17 de junio, por el que se regula la autorización y registro de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de Canarias. BOC N° 126. Martes 29 de Junio de 2010
- ORDEN de 30 de junio de 2010, por la que se crean en la Comunidad Autónoma de Canarias, los comités clínicos del artículo 15.c) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo BOC N° 130. Lunes 5 de Julio de 2010
- ORDEN de 30 de junio de 2010, por la que se designan miembros de los comités clínicos del artículo 15.c) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en la Comunidad Autónoma de Canarias. BOC N° 130. Lunes 5 de Julio de 2010
- DECRETO 244/2010, de 3 de diciembre, por el que se modifica parcialmente el Decreto 82/1998, de 28 de mayo, por el que se crea la Comisión Asesora sobre la Diabetes en Canarias. BOC N° 248. Lunes 20 de Diciembre de 2010
- ORDEN de 18 de abril de 2011, por la que se modifica parcialmente la Orden de 18 de junio de 2009, que regula el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria pública a las personas sin recursos económicos suficientes. BOC N° 090. Viernes 6 de Mayo de 2011

CANTABRIA

- Orden SAN/7/2010, de 10 de junio, por la que se regula la cartilla de salud bucodental de la Comunidad Autónoma de Cantabria. BOC 23 de junio de 2010, Núm. 120
- Orden SAN/8/2010, de 5 de julio, por la que se regula el comité clínico para la interrupción

voluntaria del embarazo en Cantabria. BOC 12 de julio de 2010, Núm. 133

- Decreto 66/2010, de 30 de septiembre, de Estructura Básica de los órganos periféricos del Servicio Cántabro de Salud. BOC 08 de octubre de 2010, Núm. 195
- Decreto 78/2010, de 18 de noviembre, por el que se modifica el Estatuto del Servicio Cántabro de Salud y el Decreto 29/2002, de 14 de marzo, de desarrollo parcial del artículo 13 del Estatuto del Servicio Cántabro de Salud. BOC 25 de noviembre de 2010, ORD. Núm. 227
- Ley de Cantabria 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de Instituciones Sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria. B.O.C. núm. 34 de 28 de diciembre de 2010
- Decreto 2/2011, de 3 de febrero, por el que se modifica el Decreto 1/1994, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de Cantabria. BOA 14 de febrero de 2011, ORD. Núm. 30
- Decreto 7/2011, de 4 de febrero, por el que se crea y regula el Registro de Profesionales Sanitarios de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. B.O.I.B. núm. 22 de 12 de febrero de 2011
- Orden SAN/5/2011, de 7 de febrero, por la que se crea el Comité de Referencia de la Codificación de los Procesos Asistenciales de Cantabria. BOA 17 de febrero de 2011, ORD. Núm. 33
- Decreto 27/2011, de 31 de marzo, por el que se establece el mapa sanitario autonómico de Cantabria. BOA 07 de abril de 2011, ORD. Núm. 68

CATALUÑA

- LEY 16/2010, de 3 de junio, de modificación de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica. DOGC núm. 5647 - 10/06/2010
- Ley 21/2010, de 7 de julio, de acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública a cargo

del Servicio Catalán de la Salud. B.O.E. núm. 191 de 7 de agosto de 2010

- 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. DOGC núm. 5666 - 08/07/2010
- RESOLUCIÓN SLT/2260/2010, de 5 de julio, de designación de las personas facultativas que componen el comité clínico previsto por el artículo 15.c) de la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. DOGC núm. 5666 - 08/07/2010
- LEY 21/2010, de 7 de julio, de acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública a cargo del Servicio Catalán de la Salud. DOGC núm. 5672 - 16/07/2010
- ACUERDO GOV/134/2010, de 20 de julio, por el que se declara de interés público el desarrollo de otro puesto de trabajo de carácter asistencial en el sector público sanitario o en determinados servicios sociales por parte del personal titulado en enfermería. DOGC núm. 5679 - 27/07/2010
- ORDEN SLT/410/2010, de 30 de julio, por la que se modifica la delimitación de varias áreas básicas de salud. DOGC núm. 5687 - 06/08/2010
- Decreto 148/2010, de 26 de octubre, de creación de la Comisión Asesora de la atención materno-infantil y de atención a la salud afectiva, sexual y reproductiva de Cataluña. D.O.G.C. núm. 5745 de 29 de octubre de 2010
- Decreto 196/2010, de 14 de diciembre, del sistema sanitario integral de utilización pública de Cataluña (SISCAT). D.O.G.C. núm. 5776 de 16 de diciembre de 2010
- ACUERDO GOV/198/2010, de 2 de noviembre, por el que se declara de interés público que el personal médico desempeñe otro puesto de trabajo de carácter asistencial en el sector público. DOGC núm. 5752 - 10/11/2010
- RESOLUCIÓN SLT/3681/2010, de 4 de noviembre, por la que se constituye un comité clínico de acuerdo con el artículo 15.c) de la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud

sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, con sede en el Hospital Clínic i Provincial de Barcelona. DOGC núm. 5760 - 22/11/2010

- ACUERDO GOV/215/2010, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan integral de atención a las personas con trastorno mental y adicciones. DOGC núm. 5762 - 24/11/2010
- ORDEN SLT/542/2010, de 8 de octubre, por la que se crea el Consejo Asesor de la Seguridad de Pacientes. DOGC núm. 5763 - 25/11/2010
- ORDEN SLT/541/2010, de 3 de noviembre, por la que se crea la Comisión Asesora del Sector de Asistencia Sanitaria Libre. DOGC núm. 5763 - 25/11/2010
- DECRETO 178/2010, de 23 de noviembre, de estructura de los órganos centrales del Servicio Catalán de la Salud. DOGC núm. 5764 - 26/11/2010
- DECRETO 179/2010, de 23 de noviembre, por el que se establecen los requisitos técnicos sanitarios para la autorización sanitaria de las ortopedias y de los establecimientos de audioprótesis y se regula el procedimiento de autorización. DOGC núm. 5764 - 26/11/2010
- DECRETO 147/2011, de 18 de enero, de creación del Consejo Asesor para la Sostenibilidad y el Progreso del Sistema Sanitario. DOGC núm. 5800 - 20/01/2011

CASTILLA LA MANCHA

- Resolución de 08/06/2010, de la Dirección Gerencia, por la que se constituye el Centro de Diagnóstico Molecular de Castilla-La Mancha. DOCM Viernes, 18 de junio de 2010 Núm. 116
- Orden de 16/06/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, de modificación de la Orden de 25/08/2009, de los requisitos técnico-sanitarios de los centros y servicios de fisioterapia. DOCM Miércoles, 30 de junio de 2010 Núm. 124
- Orden de 21/06/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se establece

el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo. DOCM Miércoles, 30 de junio de 2010 Núm. 124

- Orden de 21/06/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se regula la composición y funcionamiento del Comité Clínico del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha para la interrupción voluntaria del embarazo. DOCM Miércoles, 30 de junio de 2010 Núm. 124
- Orden de 22/06/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se establece el procedimiento para la vinculación de centros privados de atención sanitaria especializada a la red hospitalaria pública de Castilla-La Mancha. DOCM Miércoles, 30 de junio de 2010 Núm. 124
- Ley 5/2010, de 24/06/2010, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha. DOCM Viernes, 9 de julio de 2010 Núm. 131
- Ley 6/2010, de 24/06/2010, de creación de las categorías de personal estatutario de inspección y evaluación de servicios sanitarios y prestaciones. DOCM Viernes, 9 de julio de 2010 Núm. 131
- Decreto 186/2010, de 20/07/2010, del régimen jurídico de los centros y servicios especializados para la atención a las personas mayores en la red pública de Castilla-La Mancha y del procedimiento de acceso a los mismos. D.O.C.M. núm. 141 de 23 de julio de 2010
- Orden de 29/06/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se crea la tarjeta acreditativa de grado de discapacidad. DOCM Viernes, 23 de julio de 2010 Núm. 141
- Orden de 30/06/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, de modificación del mapa sanitario de Castilla-La Mancha en zonas básicas de salud del área de salud de Ciudad Real DOCM Viernes, 23 de julio de 2010 Núm. 141
- Resolución de 05/07/2010, de la Dirección Gerencia, por la que se procede al nombramiento de los miembros del Comité Clínico del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (Sescam) previsto en el artículo 16 de la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. DOCM Lunes, 26 de julio de 2010 Núm. 142
- Decreto 211/2010, de 21/09/2010, de los Registros de Profesionales Sanitarios de Castilla-La Mancha. DOCM Viernes, 24 de septiembre de 2010 Núm. 186
- Orden de 22/09/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se crea el Registro de Diabetes Mellitus Infanto-Juvenil de Castilla-La Mancha. DOCM Miércoles, 29 de septiembre de 2010 Núm. 189
- Orden de 22/09/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se crea el Registro de Enfermedades Raras de Castilla-La Mancha. DOCM Miércoles, 29 de septiembre de 2010 Núm. 189
- Orden de 14/10/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se modifica la Orden de 21/06/2010, por la que se establece el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo. DOCM Viernes, 22 de octubre de 2010 Núm. 205
- Orden de 21/09/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se regulan los estudios postautorización de tipo observacional con medicamentos de uso humano en Castilla-La Mancha. DOCM Jueves, 28 de octubre de 2010 Núm. 209
- Ley 10/2010, de 21 de octubre, de Promoción de la Seguridad y Salud en el Trabajo en Castilla-La Mancha D.O.C.M. núm. 211 de 2 de noviembre de 2010
- Orden de 18/11/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, de los requisitos técnicos de los centros y servicios de atención a la salud mental. DOCM Lunes, 29 de noviembre de 2010 Núm. 230
- Orden de 30/11/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, de modificación del mapa sanitario de Castilla-La Mancha en Zonas Básicas de Salud del Área de Salud de Guadalajara. D.O.C.M. núm. 245 de 22 de diciembre de 2010

- Resolución de 01/12/2010, de la Dirección General de Ordenación y Evaluación, por la que se hace pública la relación de centros autorizados para extracción, trasplante y banco de órganos y tejidos. DOCM Jueves, 16 de diciembre de 2010 Núm. 241
- Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha. D.O.C.M. núm. 251 de 31 de diciembre de 2010
- Ley 17/2010, de 29 de diciembre, de las Familias Numerosas de Castilla-La Mancha y de la Maternidad. D.O.C.M. núm. 251 de 31 de diciembre de 2010
- Orden de 22/12/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se crea el Comité de Ética de Salud y Bienestar Social de Castilla-La Mancha. DOCM Martes, 4 de enero de 2011 Núm. 2
- Ley 2/2011, de 10 de febrero, de creación del Colegio Oficial de Terapeutas ocupacionales de Castilla-La Mancha. D.O.C.M. núm. 35 de 21 de febrero de 2011
- Decreto 2/2011, de 25/01/2011, de la Red de Trasplantes de Castilla-La Mancha. DOCM Viernes, 28 de enero de 2011 Núm. 19
- Resolución de 04/02/2011, de la Dirección Gerencia, sobre las condiciones económicas aplicables en el año 2011 a la prestación de servicios de asistencia sanitaria a través de medios ajenos, en el ámbito de gestión del Sescam. DOCM Viernes, 18 de febrero de 2011 Núm. 34
- Resolución de 02/02/2011, de la Dirección Gerencia, por la que se modifica la Resolución de 08/07/2003, por la que se constituye la Comisión Regional de Seguimiento de la fecundación in vitro y técnicas relacionadas. DOCM Lunes, 21 de febrero de 2011 Núm. 35
- Resolución de 18/02/2011, de la Dirección Gerencia, por la que se constituye la Unidad Clínica de Diagnóstico por Imagen del Hospital Universitario de Guadalajara. DOCM Viernes, 4 de marzo de 2011 Núm. 44
- Resolución de 18/02/2011, de la Dirección Gerencia, por la que se constituye la Unidad Clínica de Diagnóstico por Imagen del Com-
plejo Hospitalario de Toledo. DOCM Viernes, 4 de marzo de 2011 Núm. 44
- Orden de 09/03/2011, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se establece el régimen jurídico y el sistema de acceso a los servicios de estancias diurnas en centros pertenecientes a la red pública de Castilla-La Mancha. DOCM Lunes, 21 de marzo de 2011 Núm. 55
- Orden de 22/03/2011, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, del régimen jurídico aplicable a la tarjeta de accesibilidad en Castilla-La Mancha y de aprobación de su formato. DOCM Lunes, 4 de abril de 2011 Núm. 65
- Orden de 23/03/2011, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, de la tarjeta sanitaria individual en Castilla-La Mancha. DOCM Lunes, 4 de abril de 2011 Núm. 65
- Decreto 24/2011, de 12/04/2011, de la documentación sanitaria en Castilla-La Mancha. DOCM Viernes, 15 de abril de 2011 Núm. 74

CASTILLA Y LEON

- ORDEN SAN/702/2010, de 19 de mayo, por la que se regula la evaluación y control de la calidad de la formación sanitaria especializada en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León. BOCYL nº 104/2010, de 02 de junio de 2010
- DECRETO 25/2010, de 17 de junio, por el que se actualizan los precios públicos por actos asistenciales y servicios sanitarios prestados por la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León. BOCYL nº 119/2010, de 23 de junio de 2010
- ORDEN SAN/861/2010, de 16 de junio, por la que se regula el sistema de información nuevas infecciones por VIH en Castilla y León (SINIVIHCYL). BOCYL nº 123/2010, de 29 de junio de 2010
- ORDEN SAN/914/2010, de 17 de junio, por la que se regula el plan formativo transversal común para los Especialistas en Formación en Ciencias de la Salud por el sistema de residencia en el ámbito del Servicio de Salud de Cas-

tilla y León. BOCYL nº 125/2010, de 01 de julio de 2010

- ORDEN SAN/954/2010, de 2 de julio, por la que se designan los Comités Clínicos del Servicio de Salud de Castilla y León. BOCYL nº 127/2010, de 05 de julio de 2010
- ORDEN SAN/949/2010, de 25 de junio, por la que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas exigibles a los centros y servicios que desarrollen en Castilla y León la actividad de Odontología y Estomatología. BOCYL nº 130/2010, de 08 de julio de 2010
- ORDEN SAN/950/2010, de 25 de junio, por la que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas exigibles a los centros y servicios que desarrollen en Castilla y León la actividad de Podología. B.O.C.Y.L. núm. 130 de 8 de julio de 2010
- ORDEN SAN/961/2010, de 2 de julio, por la que se designan los Comités Clínicos del Servicio de Salud de Castilla y León. BOCYL nº 132/2010, de 12 de julio de 2010
- ORDEN SAN/1089/2010, de 21 de julio, por la que se crea el Registro Poblacional de Tumores Infantiles de Castilla y León.
- LEY 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León. BOCYL nº 173/2010, de 07 de septiembre de 2010
- ORDEN SAN/1295/2010, de 6 de septiembre, por la que se crean, y modifican Demarcaciones Asistenciales de Enfermería en Castilla y León. BOCYL nº 188/2010, de 28 de septiembre de 2010
- Orden SAN/1288/2010, de 16 de septiembre, por la que se desarrolla la ordenación de los centros y servicios de referencia en atención especializada en la Comunidad de Castilla y León. B.O.C. Y L. núm. 187 de 27 de septiembre de 2010
- Ley 10/2010, de 27 de septiembre, de Salud Pública y Seguridad Alimentaria de Castilla y León. B.O.C. Y L. núm. 196 de 8 de octubre de 2010
- Ley 11/2010, de 11 de octubre, de creación del Colegio Profesional de Terapeutas Ocupacionales de Castilla y León. B.O.E. núm. 283 de 23 de noviembre de 2010
- DECRETO 60/2010, de 16 de diciembre, por el que se crea y regula el Sistema de Información de los Profesionales Sanitarios de Castilla y León. BOCYL nº 242/2010, de 17 de diciembre de 2010
- ORDEN SAN/1817/2010, de 22 de diciembre, por la que se crean y modifican Demarcaciones Asistenciales Médicas en Castilla y León. BOCYL nº 7/2011, de 12 de enero de 2011
- DECRETO 8/2011, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Selección y determinadas formas de provisión de plazas y puestos de trabajo de personal estatutario en centros e instituciones sanitarias dependientes de la Gerencia Regional de Salud. BOCYL nº 42/2011, de 02 de marzo de 2011
- Decreto 9/2011, de 17 de marzo, por el que se regula la jornada de trabajo no presencial mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Castilla y León. B.O.C. y L. núm. 57 de 23 de marzo de 2011
- DECRETO 12/2011, de 17 de marzo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 13/2001, de 20 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad de Castilla y León, en materia de Oficinas de Farmacia. BOCYL nº 57/2011, de 23 de marzo de 2011
- DECRETO 13/2011, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León. BOCYL nº 57/2011, de 23 de marzo de 2011
- ORDEN SAN/281/2011, de 18 de marzo, por la que se establece el método de medición de las distancias que deben respetar las oficinas de farmacia en Castilla y León. BOCYL nº 57/2011, de 23 de marzo de 2011
- ORDEN SAN/336/2011, de 18 de marzo, por la que se aprueban las Estrategias de Actuación en Prevención de Riesgos Laborales de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León 2011-2015. BOCYL nº 66/2011, de 05 de abril de 2011

EXTREMADURA

- Comisión de Farmacia de Extremadura.- Decreto 191/2010, de 1 de octubre, por el que se modifica el Decreto 135/2007, de 19 de junio, por el que se regula la Comisión de Farmacia de Extremadura. DOE Núm.: 194 Jueves, 7 de octubre de 2010
- Decreto 14/2011, de 4 de febrero, por el que se regula la ordenación del Sistema de Formación Sanitaria Especializada en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura. DOE Núm.: 28 Jueves, 10 de febrero de 2011
- Orden de 4 de marzo de 2011 por la que se regula la composición y funcionamiento del Comité Clínico de la Comunidad Autónoma de Extremadura para la interrupción voluntaria del embarazo. DOE Núm.: 49 Viernes, 11 de marzo de 2011
- Decreto 191/2010, de 1 de octubre, por el que se modifica el Decreto 135/2007, de 19 de junio, por el que se regula la Comisión de Farmacia de Extremadura. D.O.E. núm. 194 de 7 de octubre de 2010, pág. 23980
- Orden de 15 de marzo de 2011 por la que se suprime la categoría estatutaria de Pediatra de Área de Atención Primaria en el ámbito de las Instituciones Sanitarias del Servicio Extremeño de Salud. DOE Núm.: 59 Viernes, 25 de marzo de 2011
- Ley 7/2011, de 23 de marzo. Salud Pública de Extremadura. D.O.E. núm. 59 de 25 de marzo de 2011
- Decreto 36/2011, de 25 de marzo, por el que se modifica el Decreto 247/2005, de 23 de noviembre, por el que se regula la actividad de distribución de productos sanitarios en la Comunidad Autónoma de Extremadura. DOE Núm.: 63 Jueves, 31 de marzo de 2011
- Decreto 42/2011, de 8 de abril, por el que se modifica el Decreto 7/2006, de 10 de enero, por el que se crean las estructuras de coordinación de la Atención Sociosanitaria y el Servicio Público de Atención Sociosanitaria en su modalidad Tipo Dos (T2) y se establece su régimen jurídico. DOE Núm.: 63 Jueves, 31 de marzo de 2011

- Orden de 7 de abril de 2011 por la que se regula el procedimiento de obtención de la Tarjeta Sanitaria en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura. DOE Núm.: 75 Lunes, 18 de abril de 2011
- Resolución de 4 de abril de 2011, de la Dirección General de Planificación, Formación y Calidad, por la que se procede a publicar y actualizar la relación de centros acreditados para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en la Comunidad Autónoma de Extremadura. DOE Núm.: 79 Martes, 26 de abril de 2011

GALICIA

- Ley 5/2010, de 23 de junio, por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada en Galicia. D.O.G.A. núm. 127 de 6 de julio de 2010
- Orden de 27 de julio de 2010 por la que se establece el número y la cuantía máxima del presupuesto destinado a gratificaciones del personal emérito del Servicio Gallego de Salud. DOG nº 144 jueves, 29 de julio de 2010
- Resolución de 2 de agosto de 2010 por la que se publica el Plan territorial de emergencias de Galicia. DOG nº 153 *miércoles, 11 de agosto de 2010*
- Decreto 160/2010, de 23 de septiembre, por el que se establecen las tarifas de los servicios sanitarios prestados en los centros dependientes del Servicio Gallego de Salud y en las fundaciones públicas sanitarias. DOG nº 188 *miércoles, 29 de septiembre de 2010*
- Decreto 163/2010, de 16 de septiembre, por el que se crea el Observatorio de violencia en el entorno laboral de las instituciones sanitarias del Servicio Gallego de Salud. DOG nº 192 *martes, 5 de octubre de 2010*
- Decreto 168/2010, de 7 de octubre, por el que se regula la estructura organizativa de gestión integrada del servicio Gallego de Salud. D.O.G. núm. 199 de 15 de octubre de 2010
- Orden de 8 de octubre de 2010, por la que se crea el Consejo Asesor de la Seguridad de Pa-

cientes. D.O.G.C. núm. 5763 de 26 de noviembre de 2010

- Orden de 27 de octubre de 2010 por la que se desarrolla el procedimiento para el nombramiento y prórroga del personal emérito en el ámbito sanitario en Galicia. D.O.G. núm. 212 de 4 de noviembre de 2010
- Decreto 181/2010, de 21 de octubre, por el que se crea la Comisión Gallega de Cuidados Paliativos. DOG nº 212 *jueves, 4 de noviembre de 2010*
- Orden de 4 de noviembre de 2010 por la que se fijan las tarifas máximas aplicables a la asistencia sanitaria concertada por el Servicio Gallego de Salud y se revisan los precios de los conciertos vigentes. DOG nº 220 *martes, 16 de noviembre de 2010*
- Ley 12/2010, de 22 de diciembre, de racionalización del gasto en la prestación farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Galicia. DOG nº 248 *martes, 28 de diciembre de 2010*
- Decreto 11/2011, de 20 de enero, por el que se modifica el Decreto 42/1998, de 15 de enero, por lo que se regula el transporte sanitario. DOG nº 25 *lunes, 7 de febrero de 2011*
- Resolución de 24 de febrero de 2011 por la que se hace público el acuerdo del Consejo de la Xunta de Galicia de la misma fecha, por la que se aprueba la modificación del Catálogo priorizado de productos farmacéuticos de la Comunidad Autónoma de Galicia. DOG nº 39 *viernes, 25 de febrero de 2011*
- ORDEN de 15 de abril de 2011 por la que se aprueba el plan de prioridades de inspección sanitaria para el trienio 2011-2013. DOG nº 82 *Jueves, 28 de abril de 2011*

LA RIOJA

- Decreto 49/2010, de 8 de octubre, por el que se regula la ordenación del sistema de formación sanitaria especializada en la Comunidad Autónoma de La Rioja. B.O.R. núm. 127 de 15 de octubre de 2010
- 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. BOR nº8 de 19 de enero de 2011

- Decreto 31/2011, de 29 de abril, por el que se aprueba la Cartera de servicios y prestaciones del Sistema Público Riojano de Servicios Sociales B.O.R. núm 59 de 6 de mayo de 2011
- Orden 2/2011, de 2 de mayo, de la Consejería de Servicios Sociales por la que se adaptan las normas reguladoras de prestaciones económicas del Sistema Público Riojano de Servicios Sociales a las previsiones del Decreto 31/2011, de 29 de abril, por el que se aprueba la Cartera de servicios y prestaciones del Sistema Público Riojano de Servicios Sociales. B.O.R. núm 59 de 6 de mayo de 2011

MADRID

- Resolución 324/2010, de 12 de abril, de la Dirección General de Atención Primaria, por la que se modifica el modelo de “Solicitud de tarjeta sanitaria”. BOCAM Núm 129 *martes, 01/06/2010*
- Resolución de 17 de mayo de 2010, de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria, por la que se establece el sistema de identificación único de usuarios del sistema sanitario público madrileño y los criterios homogéneos de filiación en los Centros de Atención Primaria y Atención Especializada adscritos al Servicio Madrileño de Salud. BOCAM Núm 142 *miércoles, 16/06/2010*
- Orden 264/2010, de 25 de mayo, por la que se establecen los criterios de actuación en materia de inspección sanitaria y se aprueba el Plan Integral de Inspección de Sanidad de la Comunidad de Madrid para el período 2010 a 2012. BOCAM Núm 143 *jueves, 17/06/2010*
- Decreto 51/2010, de 29 de julio, por el que se regula el ejercicio de la libertad de elección de médico de familia, pediatra y enfermero en Atención Primaria, y de hospital y médico en Atención Especializada en el Sistema Sanitario Público de la Comunidad de Madrid. BOCAM Núm 189 *lunes, 09/08/2010*
- Decreto 52/2010, de 29 de julio, por el que se establecen las estructuras básicas sanitarias y

directivas de Atención Primaria del Área Única de Salud de la Comunidad de Madrid. BOCAM Núm 189 lunes, 09/08/2010

- Orden 372/2010, de 15 de julio, por la que se modifica el sistema de notificación de enfermedades de declaración obligatoria por infección por virus de inmunodeficiencia humana (VIH). B.O.C.M. núm. 186 de 5 de agosto de 2010
- Orden 410/2010, de 29 de julio, por la que se crea la Comisión del Consentimiento Informado en el Servicio Madrileño de Salud y se establecen su composición y régimen de funcionamiento. BOCAM Núm 196 martes, 17/08/2010
- Resolución de 9 de agosto de 2010, de la Gerencia, por la que se aprueba la carta de servicios del programa AMI-TEA (Programa de Atención Médica Integral de Transtornos del Espectro Autista). BOCAM Núm 208 martes, 31/08/2010
- Resolución de 9 de agosto de 2010, de la Gerencia, por la que se aprueba la carta de servicios de la Unidad de Psiquiatría de Adolescentes. BOCAM Núm 208 martes, 31/08/2010
- Orden 11/2011, de 13 de enero, por la que se modifica la Orden 1130/2003, de 21 de noviembre, por la que se crea el Comité Asesor para la Utilización Terapéutica de la Hormona del Crecimiento y Sustancias Relacionadas de la Comunidad de Madrid. BOCAM Núm 26 martes, 01/02/2011

MURCIA

- Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud por la que se designan los miembros del comité clínico regulado en el artículo 2 del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción voluntaria del Embarazo. BORM martes, 13 de julio de 2010 Número 159
- 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. BORM jueves, 4 de noviembre de 2010 Número 255

- Decreto n.º 309/2010, de 17 de diciembre, por el que se desarrolla el sistema de identificación de los centros, establecimientos y servicios sanitarios inscritos en el Registro de Recursos Sanitarios Regionales para garantizar el derecho de información de los usuarios. BORM martes, 21 de diciembre de 2010 Número 293
- Orden de 24 de enero de 2011, por la que se modifica la Orden de 17 de mayo de 2007, de la Consejería de Sanidad, por la que se crean los precios públicos a aplicar por el Servicio Murciano de Salud, por la prestación de servicios sanitarios y por el suministro de productos hemoderivados. BORM lunes, 14 de febrero de 2011 Número 36
- Orden de 28 de enero de 2011 de la Consejería de Sanidad y Consumo por la que se introducen modificaciones al calendario vacunal de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. BORM lunes, 14 de febrero de 2011 Número 36

NAVARRA

- LEY FORAL 14/2010, de 1 de julio, por la que se modifica la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud. BON N° 85 - 14 de julio de 2010
- ORDEN FORAL 73/2010, de 3 de agosto, de la Consejera de Salud, por la que se crea el Comité Clínico que debe intervenir en el supuesto de Interrupción del embarazo por causas médicas previsto en el artículo 15.c) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BON N° 110 - 10 de septiembre de 2010
- RESOLUCION, 1687/2010, de 24 de agosto, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se modifica la Resolución 882/2010, de 3 de mayo, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea por la que se actualizan las tarifas por prestación de servicios en los centros y establecimientos asistenciales del Servicio Navarro de Salud-

Osasunbidea. BON N° 115 - 22 de septiembre de 2010

- DECRETO FORAL 60/2010, de 20 de septiembre, por el que se regula el Comité de Ética en la atención social de Navarra y los Comités de Ética de carácter sectorial o de centro. BON N° 127 - 20 de octubre de 2010
- DECRETO FORAL 58/2010, de 13 de septiembre, por el que se establecen la estructura y el currículo del título de Técnico en Farmacia y Parafarmacia en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra. BON N° 135 - 5 de noviembre de 2010
- LEY FORAL 16/2010, de 8 de noviembre, por la que se crea el registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo. BON N° 139 - 15 de noviembre de 2010
- LEY FORAL 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra. BON N° 139 - 15 de noviembre de 2010
- LEY FORAL 18/2010, de 8 de noviembre, por la que se modifica la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia. BON N° 139 - 15 de noviembre de 2010
- Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte. B.O.E. núm. 34 de 9 de febrero de 2011
- DECRETO FORAL 19/2011, de 21 de marzo, por el que se implanta la estructura de Atención Primaria de la Zona Básica de Salud de Buztintxuri. BON N° 64 - 1 de abril de 2011
- DECRETO FORAL 20/2011, de 21 de marzo, por el que se modifican los Sectores de Salud Mental del Área de Salud de Pamplona. BON N° 64 - 1 de abril de 2011
- ORDEN FORAL 15/2011, de 8 de febrero, de la Consejera de Salud, por la que se crea una Comisión Asesora Técnica para la aplicación de la Ley Foral 20/2010, de 13 de diciembre, por la que se crea la entidad pública denominada Banco de Sangre y Tejidos de la Comunidad Foral de Navarra (BSTN) y se establece la organización de la Red Transfusional y de Células y Tejidos Humanos en Navarra (RTCTHN). BON N° 66 - 5 de abril de 2011

PAIS VASCO

- ORDEN de 3 de septiembre de 2010, del Consejero de Sanidad y Consumo, por la que se incorporan nuevas variables al conjunto Mínimo Básico de Datos del Alta Hospitalaria. BOPV N° 2010188 - 29/09/2010
- ORDEN de 22 de octubre de 2010, del Consejero de Sanidad y Consumo, por la que se establecen las tarifas máximas aplicables a los conciertos de asistencia sanitaria prestada con medios ajenos durante el año 2010. BOPV N° 2010218 - 12/11/2010
- ACUERDO de 13 de diciembre de 2010, del Consejo de Administración del Ente Público Osakidetza-Servicio vasco de salud, por el que se aprueban las tarifas por prestación de servicios sanitarios y docentes a terceros obligados al pago durante el ejercicio 2011. BOPV N° 2011009 - 14/01/2011
- DECRETO 66/2011, de 29 de marzo, del Sistema de Información sobre Cáncer de la Comunidad Autónoma del País Vasco. BOPV N° 2011067 - 06/04/2011

VALENCIA

- DECRETO 94/2010, de 4 de junio, del Consell, por el que se regulan las actividades de ordenación, control y asistencia farmacéutica en los centros sociosanitarios y en la atención domiciliaria. DOCV Núm 6.285 Miércoles, 9 de junio de 2010
- ORDEN 14/2010, de 1 de septiembre, de la Conselleria de Sanidad, por la que se regula el procedimiento de autorización y de funcionamiento de las unidades farmacéuticas de adaptación de dosis (UFAD). DOCV Núm 6.369 Martes, 5 de octubre de 2010
- DECRETO 187/2010, de 12 de noviembre, del Consell, por el que se regula el funcionamiento del Sistema Operativo de Alerta en el Suministro de Medicamentos y las comunicaciones de suministro insuficiente previstos en la Ley 1/2008, de 17 de abril, de la Generalitat, de Garantías de Suministro de Medicamentos. DOCV Núm 6.398 Martes, 16 de noviembre de 2010

- ORDEN 15/2010, de 17 de noviembre, de la Conselleria de Sanidad, de desarrollo del Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales. DOCV Núm 6.417 Miércoles, 15 de diciembre de 2010
- ORDEN 16/2010, de 17 de noviembre, de la Conselleria de Sanidad, por la que se regula la farmacovigilancia de medicamentos de uso humano en la Comunitat Valenciana. DOCV Núm 6.420 Lunes, 20 de diciembre de 2010
- DECRETO 212/2010, de 17 de diciembre, del Consell, por el que se regula el régimen jurídico del personal emérito de las instituciones sanitarias de la Agencia Valenciana de Salud. DOCV Núm 6.421 Martes, 21 de diciembre de 2010
- ORDEN 1/2011, de 13 de enero, de la Conselleria de Sanidad, de ordenación de los procedimientos de evaluación de productos farmacéuticos, guías y protocolos farmacoterapéuticos interactivos, medicamentos de alto impacto sanitario y/o económico y observatorios terapéuticos en la Agencia Valenciana de Salud. DOCV Núm 6.448 Viernes, 28 de enero de 2011
- DECRETO 8/2011, de 4 de febrero, del Consell, de modificación del Decreto 198/2003, de 3 de octubre, por el que se establecen los criterios de selección aplicables en los procedimientos de autorización de nuevas oficinas de farmacia. DOCV Núm 6.455 Martes, 8 de febrero de 2011
- RESOLUCIÓN de 28 de febrero de 2011, del conseller de Sanidad, por la que se aprueba la Carta de Servicios de Sanitat 24. DOCV Núm 6.477 Jueves, 10 de marzo de 2011
- DECRETO 34/2011, de 1 de abril, del Consell, por el que se modifica el artículo 2 del Decreto 93/2004, de 4 de junio, del Consell, por el que se determina la constitución, composición y funcionamiento de la Comisión de Consentimiento Informado. DOCV Núm 6.494 Lunes, 4 de abril de 2011
- ORDEN 6/2011, de 20 de abril, de la Conselleria de Sanidad, sobre autorización a farmacéuticos responsables de oficinas de farmacia abiertas al público a llevar el libro registro oficial (libro recetario), por medios electrónicos. DOCV Núm 6.514 Jueves, 5 de mayo de 2011.

VIII Premio Derecho y Salud (2012)



La Asociación de Juristas de la Salud convoca el VIII Premio Derecho y Salud (2012) para trabajos de estudio e investigación sobre Derecho Sanitario, conforme a las siguientes:



BASES

1. CRITERIOS

El VII Premio Derecho y Salud está destinado a premiar los ESTUDIOS de investigación publicados (o pendientes de publicar, una vez aprobada su publicación por el Consejo Editorial) en los números ordinarios de la Revista Derecho y Salud correspondientes al segundo semestre de 2011 y primer semestre de 2012 que aborden temas relacionados con el Derecho, la Sanidad y/o la Salud.

2. PARTICIPANTES

El VII Premio Derecho y Salud podrá ser otorgado tanto a personas individuales como a equipos de trabajo constituidos al efecto. En ningún caso podrá ser otorgado a miembros del Consejo Editorial ni de la Junta Directiva de la Asociación Juristas de la Salud.

3. FORMA

Los investigadores que deseen concurrir al VII Premio Derecho y Salud, deberán dirigirse ajs@ajs.es ; dlarios@sescam.org y presidente@ajs.es y enviar sus trabajos por correo electrónico indicando en la remisión la solicitud de publicación además de la intención de participar en el premio.

Los ESTUDIOS (redactados en castellano) con una extensión mínima de 20 páginas y máxima de 80, que serán originales e inéditos, se presentarán escritos a doble espacio en letra “times new roman” tamaño 12.

4. PLAZO.

Solamente participarán en la actual convocatoria los ESTUDIOS que se reciban **antes del día 30 de mayo de 2012.**

Los ESTUDIOS que se envíen con posterioridad al 30 de mayo no podrán optar al premio, sin perjuicio de que el Consejo Editorial decida en todos los casos sobre la procedencia de la publicación.

5. DOTACIÓN

El VII Premio Derecho y Salud estará dotado con 3.000 euros. En caso de que sea declarado desierto, el jurado podrá proponer diversos accésit hasta la totalidad de la dotación.

6. JURADO

El Jurado estará compuesto por cinco miembros: el Presidente de la Asociación de Juristas de la Salud, que lo será a su vez del Jurado, el Director y el Secretario del Consejo Editorial de la Revista Derecho y Salud,

además de dos invitados por la Junta Directiva de la Asociación entre personalidades representativas y de reconocido prestigio en la disciplina del Derecho Sanitario. Actuará como Secretario el que lo sea de la Asociación Juristas de la Salud.

El funcionamiento del Jurado, que podrá realizar sus sesiones on-line, se acomodará a las normas contenidas en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El jurado valorará, entre otros aspectos, la calidad científica; la concreción y claridad expositiva; el interés científico, tanto académico como práctico; la originalidad y actualidad del tema.

7. FALLO y ENTREGA DEL PREMIO.

El fallo se dará a conocer antes del día 20 de junio de 2012.

La entrega del premio tendrá lugar durante la celebración del XXI Congreso DERECHO Y SALUD, que organiza la asociación convocante.

8. ACEPTACIÓN DE LAS BASES

Los participantes aceptan en su integridad estas Bases así como el fallo del Jurado, renunciando a cualquier reclamación en relación con las mismas.

Santiago de Compostela, JUNIO de 2011

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 15 páginas.
4. Tanto los ESTUDIOS como las COMUNICACIONES deberá remitirse por correo electrónico a la redacción de la revista, indicándose en el mismo texto 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 incluir, por este orden:
 - a. Título del artículo
 - b. Nombre y apellidos del autor o autores
 - c. Profesión o título académico del autor y/o centro de trabajo.
 - d. Un breve resumen de 20-30 palabras acompañado de 3-5 palabras clave (en español e inglés).
 - e. Nombre y dirección del autor o autores y dirección (postal o e-mail) al que los lectores pueden dirigir la correspondencia.
 - f. 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, Fermin: “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. [Con acceso el 4.3.2006].
8. Los manuscritos serán evaluados anónimamente por los miembros del Consejo Editorial de la Revista, quienes informarán sobre la conveniencia de su publicación y, en su caso, de introducir modificaciones en el texto.



Asociación Juristas de la Salud
 http://www.ajs.es
 Avda. Romero Donallo nº 21, 3ºA
 15706 Santiago de Compostela

SOLICITUD DE SUSCRIPCION A LA REVISTA DERECHO Y SALUD

DATOS SUSCRIPCION

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:

--	--

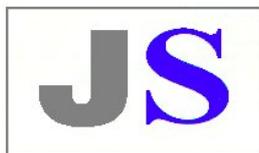
 (2 dígitos)
 Cuenta:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Importe de la suscripción 62 euros anuales (dos revistas)

Remitir a: Asociación Juristas de la Salud
 Avda. Romero Donallo nº 21, 3ºA
 15706 Santiago de Compostela

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 Avda. de Romero Donallo, 21, 3º A, de Santiago de Compostela (15706), 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 js@ajs.es, indicando "derechos ARCO".



Asociación Juristas de la Salud
http://www.ajs.es
Avda. Romero Donallo nº 21, 3ºA
15706 Santiago de Compostela

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:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

ENVÍO CORRESPONDENCIA (cuando sea diferente del domicilio)

Lugar de trabajo: _____
Cargo: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____

Cuota de la Asociación 82 euros anuales

Remitir a: Asociación Juristas de la Salud
Avda. Romero Donallo nº 21, 3ºA
15706 Santiago de Compostela

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 Avda. de Romero Donallo, 21, 3º A, de Santiago de Compostela (15706), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los socios en el marco de las actividades propias de la entidad, 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 js@ajs.es, indicando "derechos ARCO".

