

# DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial  
de la Asociación  
Juristas de la Salud

**Volumen 23, número 2. Julio-Diciembre 2013**

**Edita:**

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

**Editores adjuntos:**

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

**Consejo editorial:**

**Director:**

FRANCISCO VILLAR ROJAS  
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (CANARIAS)

**Secretario:**

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

**Vocales:**

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

**Consejo asesor:**

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

**PRODUCCIÓN:**

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

DEPÓSITO LEGAL: B-35337-93  
I.S.S.N. 1133-7400  
IMPRESO EN ESPAÑA POR GRAFISTAFF, S.L.  
MAQUETADO POR STUDIO74.ES



# DERECHO Y SALUD

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

REVISTA FUNDADA EN 1992

## Revista Oficial de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD

<http://www.ajs.es>

ISSN: 1133-7400

Depósito Legal: B-35337-93

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

### Correspondencia y Publicidad:

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

### Correo Electrónico:

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

### Suscripciones y atención al cliente:

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

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

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

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

© COPYRIGHT 2001. ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

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

Junta Directiva de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD:

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



# DS

■  
DERECHO Y SALUD

■  
D R E T I S A L U T

■  
ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

■  
D E R E I T O E S A Ú D E

Publicación Oficial  
de la Asociación  
Juristas de la Salud

**Volumen 23, número 2. Julio-Diciembre 2013**

## **ESTUDIOS**

- Los derechos laborales del trabajador enfermo oncológico.  
*Lourdes Fraguas Madurga* 9
- La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública en tiempo de crisis.  
*Elsa Marina Álvarez González* 43
- La reforma de la responsabilidad médica en Estados Unidos.  
*Federico de Montalvo Jääskeläinen* 61
- Las políticas sanitarias de carácter regresivo ¿qué niveles de protección ofrece nuestro ordenamiento jurídico?  
*Josefa Cantero Martínez* 107

**JURISPRUDENCIA E INFORMES** 133

**LEGISLACIÓN** 153

- Normas de publicación 163
- Solicitud de suscripción a la revista Derecho y Salud 165
- Solicitud de asociación 166



---

*Estudios*

---





# LOS DERECHOS LABORALES DEL TRABAJADOR ENFERMO ONCOLÓGICO

*Lourdes Fraguas Madurga*

*Licenciada en Derecho. Profesora de Educación Secundaria.  
Especialidad de Formación y Orientación Laboral.*

**SUMARIO: I. La incapacidad temporal del enfermo oncológico como causa de despido.** 1. Planteamiento. 2. La posible calificación del despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal: procedencia, improcedencia o nulidad. 3. El despido de un trabajador por incapacidad temporal: nulidad o improcedencia. 4. La defensa de la nulidad del despido del trabajador enfermo oncológico. 5. Conclusiones y propuestas; **II. Regulación específica en la legislación laboral del trabajador enfermo oncológico.** 1. La exclusión del tratamiento médico de cáncer de las faltas de asistencia justificadas del artículo 52.d) ET. 2. Complementos o primas como respuesta al índice de absentismo y complementos de IT en función del tipo de enfermedad. 2.1. El complemento de incapacidad temporal en la administración pública. 3. La prestación de cuidado de menores afectados por cáncer; **III. El derecho a la intimidad y la protección de datos en el ámbito laboral de los trabajadores enfermos oncológicos.** 1. Vigilancia de la salud, reconocimientos médicos y consentimiento; **IV. Bibliografía.**

## RESUMEN

El presente trabajo analiza el régimen jurídico de los derechos laborales del trabajador enfermo oncológico, en tres partes diferenciadas: I- La incapacidad temporal como causa de despido; II-Regulación específica en la legislación laboral y III- El derecho a la intimidad y la protección de datos en el ámbito laboral.

## PALABRAS CLAVE

Trabajador enfermo oncológico; despido nulo; intimidad; protección de datos.

## ABSTRACT

This paper analyzes the legal status of the worker's labor laws oncology patients in three different parts: I-Temporary disability as grounds for dismissal, II-specific regulation in labor legislation and III-

The right to privacy and protection data in the workplace.

## KEY WORDS

Cancer sick worker; dismissal null; privacy; data protection.

## I. LA INCAPACIDAD TEMPORAL DEL ENFERMO ONCOLÓGICO COMO CAUSA DE DESPIDO

### 1. Planteamiento

El Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), regula la situación de suspensión del contrato de trabajo en su art. 45 con el epígrafe de “causas y efec-

tos de la suspensión”, configurándose la situación de incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión en el apartado 1, letra c) y siendo su efecto la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, al igual que en las restantes causas de suspensión. (art. 45-2 ET), manteniéndose en consecuencia el vínculo jurídico entre trabajador y empresario y por tanto la reserva absoluta del puesto de trabajo, ya que finalizada esta causa de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado –art. 48-1 ET-.

El legislador no ha configurado la incapacidad temporal como causa de extinción, a diferencia de lo que ocurre con gran invalidez o la incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, que aparecen entre las causas de extinción del art. 49.1 e) ET.

Desde la perspectiva de la Seguridad Social, la situación de incapacidad temporal, regulada en la LGSS (Título II, capítulo IV -artículos 128 y ss-), conlleva una contingencia del sistema de Seguridad Social, reconociendo la prestación económica consiguiente, que se materializa en un subsidio económico. Sin analizar exhaustivamente el régimen jurídico del subsidio por IT, debemos detenernos en el coste económico que supone para la empresa la situación del trabajador incapacitado temporalmente desde dos perspectivas distintas:

En primer lugar, en cuanto a la cotización a la Seguridad Social, el art. 106.4 LGSS establece que “La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa”. Este planteamiento inicial requiere determinar de cuánto tiempo estamos hablando, lo que entra en conexión obviamente con el plazo de duración del subsidio:

Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal, las debidas a enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación (**Art. 128 LGSS**), **por tanto** el plazo máximo en el que subsiste la obligación de cotizar del empresario es de 545 días, (como se reitera en el art. 131 bis, 3 2º párrafo).

No obstante en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá retrasarse por el período preciso, que en ningún caso podrá rebasar los 730 días siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal (Art. 131 bis.2, 2º párrafo). En este supuesto excepcional no se mantiene la obligación de cotizar, porque cuando la IT se extinga por el transcurso del plazo de 545 días, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

En segundo lugar, por lo que respecta al coste económico del subsidio, el art. 131 LGSS establece que en el supuesto de AT Y EP únicamente es a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja, mientras que en el supuesto de EC y ANL es a cargo del empresario el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive.

Sentadas estas cuestiones previas, debemos plantearnos qué ocurre cuando el empresario lleva a cabo el despido del trabajador enfermo, cuestión que en época de crisis no es inhabitual que se produzca desde una perspectiva meramente mercantilista del trabajo con la finalidad especialmente de extinguir, y no suspender el contrato cuando la situación de IT y por tanto se utilice por la empresa para evitar las consiguientes cargas económicas que aplicar la suspensión prevista por el legislador le devendrían. La cuestión central es la protección que ofrece el ordenamiento jurídico laboral y constitucional ante la decisión del empresario de despedir a un trabajador de baja laboral, y ello por supuesto con independencia de la causa alegada por la empresa. A continuación analizaremos el nivel de protección otorgado por el Derecho del Trabajo al trabajador en situación de incapacidad temporal que es despedido, así como la interpretación llevada a cabo por los Tribunales, realizando especial énfasis en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las sentencias del Tribunal Constitucional.

## **2. La posible calificación del despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal: procedencia, improcedencia o nulidad.**

Con carácter previo debemos recordar las causas determinantes del despido del trabajador para determinar cuáles son susceptibles de afectar al trabajador en situación de IT.

Por lo que respecta al despido disciplinario, el art. 54.1 del ET dispone que «el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador». En la enumeración del art. 54.2 se señalan causas inherentes al trabajo activo y que por tanto nunca podrían imputarse al trabajador en situación de baja laboral, como ocurre con las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo; la indisciplina o desobediencia en el trabajo; la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado; la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo o el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

No obstante, en la permanencia del vínculo jurídico es posible que el trabajador de baja por IT incumpla de forma grave y culpable sus obligaciones laborales y, en consecuencia, sea despedido con justa causa, como podría ocurrir en los supuestos contemplados referentes a las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos o incluso alcanzar a los supuestos de acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa. La manifestación específica que podría producirse en mayor medida es la prevista en la letra d) del art. 54.2 del ET, esto es, «la transgresión de la buena fe contractual». Ejemplo paradigmático de ello lo encontramos en los supuestos en que el trabajador en situación de baja por IT realice actividades que impidan o retrasen la recuperación de su estado de salud<sup>1</sup>, aunque nada impide que el trabajador realice actividades que sean compatibles con el tratamiento médico prescrito, siempre que no perjudiquen o retrasen su curación<sup>2</sup>.

1 TS 23-1-90, EDJ 505; 18-7-90, EDJ 7820; 23-7-90, EDJ 7990; TSJ Canarias 28-9-93; TSJ País Vasco 3-2-98, EDJ 10638; que atente contra el tratamiento (TSJ Madrid 28-4-94); o se trate de la realización de actividades incompatibles con la situación de IT (TSJ C.Valenciana 13-1-98).

2 STS de 22 de marzo de 1983 y STS de 21 de febrero de 1984, citadas, ambas, por STSJ de Galicia, de 30 de mayo de 2008, reconociendo esta última que, «la situación de baja por incapacidad laboral, no impide al trabajador el hacer vida normal o el desarrollo de actividades compatibles con el tratamiento médico, que no perjudiquen o retrasen su curación (Sentencia Tribunal Supremo 14 de febrero 1984 [RJ 1984\876]), por lo que no toda actividad puede calificarse como conducta desleal sancionable con el despido, sino solo aquella que, dotada de suficiente gravedad e intencionalidad y a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial, la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud

En cuanto a la posible extinción del contrato de trabajo por causas objetivas –art. 52 ET–, las previstas en los apartados a) ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa y b) falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables, no pueden concurrir en cuanto que no son aplicables la ineptitud o la inadaptación a modificaciones técnicas alegando IT del trabajador.

Por el contrario, la aplicación de los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, prevista en las letras c) del art. 52 ET o el despido colectivo del art. 51 ET, al igual que ocurre con el apartado e) del art. 52 ET, en el caso de insuficiencia presupuestaria de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, nada impide que afecten a los trabajadores en situación de IT siempre y cuando el empresario acredite la efectiva concurrencia de las causas que justifican este tipo de despido.

En cuanto a la calificación del despido, éste será procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación para el disciplinario o se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva para las causas objetivas; siendo improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido legalmente.

En cuanto a los efectos, mientras que en el despido improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades, y salvo que el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre la empresa.

Aplicando la calificación al caso que nos ocupa, el despido que se lleve a cabo estando el trabajador en incapacidad temporal por causa distinta de la propia situación de incapacidad temporal para el trabajo, será declarado improcedente —cuando no exista causa para despedir o, en el caso de despido

laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa (Sentencia Tribunal Supremo 29 de enero 1987 [RJ 1987\177] y 24 de julio de 1990 [RJ 1990\6465]).

disciplinario y objetivo, se incumplan los requisitos formales exigidos-, o procedente si concurre la causa alegada por la empresa.

Centrándonos en la nulidad del despido, cuyo efecto es la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir, sentando como punto de partida que es la calificación más favorable para el trabajador, sin que quede opción para la empresa, máxime en tiempos de crisis cuando a la precariedad del mercado laboral debemos añadir el haber sido o continuar siendo un enfermo oncológico, el legislador establece que será “Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”, especificando a continuación supuestos específicos de nulidad relacionados exclusivamente con los derechos de conciliación de la vida laboral y personal, en los que será de aplicación la nulidad, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados (artículos 53.4 para el despido disciplinario y 55.5 para el despido objetivo).

Tan sólo uno de estos supuestos enumerados expresamente puede afectar al trabajador en situación de IT, puesto que el resto son incompatibles con la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal: el de la trabajadora embarazada, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión del contrato por maternidad. En consecuencia, si la trabajadora embarazada inmersa en un proceso de incapacidad temporal es despedida, dicho despido es nulo, salvo que se declare la procedencia por motivos no relacionados con el embarazo.<sup>3</sup>

### 3. El despido de un trabajador por incapacidad temporal: nulidad o improcedencia.

Descartada la procedencia de despedir a un trabajador «por» su incapacidad temporal, vamos a centrarnos en determinar si la calificación que corresponde a este despido es la improcedencia o, por el contrario, la nulidad, ya que estas dos opciones son las posibles a priori. Cuando el trabajador sea despe-

dido por la incapacidad temporal que padece, puesto que no es causa lícita para despedir, la calificación del despido será improcedente, salvo que concurren las especiales circunstancias que conducen a la declaración de nulidad de la decisión extintiva llevada a cabo por el empresario. Es decir, el núcleo de la cuestión se centra en resolver si el despido a un enfermo oncológico tiene su móvil en alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produce con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, y ello porque en caso contrario sería improcedente.

El legislador reconocía en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 la nulidad del despido en caso de suspensión del contrato de trabajo también por causa de enfermedad, con el siguiente tenor literal: «el despido de un trabajador que tenga suspendido su contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia». No obstante, esta nulidad debemos referirla a los propios efectos relativos de la nulidad que el propio Estatuto de los Trabajadores consagró en su momento y que hizo al Tribunal Constitucional construir la figura del despido radicalmente nulo, en el que nunca incluyó los despidos por enfermedad.

La derogación del precepto se llevó a cabo por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que dentro de una amplia reforma legal, restringía la calificación de nulidad del despido individual a los lesivos de derechos fundamentales en la configuración constitucional de éstos, de acuerdo a la interpretación del Tribunal Constitucional.

Ya el art. 79 LCT 1944 se determinaba que no podrá darse por terminado el contrato de trabajo, «durante una incapacidad temporal para el trabajo derivada de un accidente o enfermedad mientras que no exceda el plazo máximo» determinado al efecto.<sup>4</sup>

En cuanto a las normas internacionales, el Convenio núm. 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, en su art. 5 no incluye entre los motivos que “no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo”, la ausencia temporal del trabajo por razón de una enfermedad, mientras que por el contrario incorpora entre los mismos la ausencia por razón de embarazo o maternidad.

4 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “Despido por enfermedad y discriminación”. *Relaciones Laborales*, N° 20, Sección Editorial, Año XXIV, pág. 61, tomo 2, Editorial LA LEY. 2008, destaca que esta disposición se interpretó como el reconocimiento de un derecho a la suspensión del contrato de trabajo durante ese período, más que como una prohibición absoluta de despedir por razón de enfermedad.

3 En este supuesto la nulidad del despido obedece al estado biológico en el que se encuentra la trabajadora y no al estado de suspensión de su contrato de trabajo por incapacidad temporal. (STC 17/2007),

Esta norma internacional se refiere en el art. 6 a la cuestión, recogiendo en su apartado 1 que “la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”, aunque no debe llamarnos a una conclusión equivocada esta afirmación, por cuanto que en su apartado 2 se remite a la legislación interna en cuanto a la “La definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1”.

La calificación que deba darse al despido del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal ha dado lugar a diversos planteamientos jurisprudenciales, si bien la postura tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional ha respondido siempre a los mismos criterios interpretativos y con idéntica solución. Es por ello que planteada la cuestión, debemos entrar en el análisis de la solución adoptada por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional en la materia, incidiendo en algunos resquicios que deja abiertos la jurisprudencia y que nos permitan apuntar nuevas soluciones.

Sin perjuicio de que analizaremos con mayor detalle las argumentaciones del Tribunal Supremo, podemos como punto de partida sintetizar sus argumentos: En la mayoría de las sentencias se debate la consideración como discriminatorios a efectos del *art. 14 de la CE* de los despidos que se producen por la situación de enfermedad de los trabajadores. Se excluye la nulidad porque la enfermedad no puede considerarse con carácter general como una causa o motivo de discriminación en el sentido del *inciso final del art. 14 CE*, pues no opera, salvo excepciones, como un factor de segregación o de opresión de un grupo. Se trata normalmente, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores; se advierte también que en los despidos enjuiciados no opera un móvil de segregación, sino un interés empresarial que excluye el mantenimiento del contrato de trabajo en razón a que las bajas afectan al rendimiento del trabajo contratado. En algunas resoluciones se excluye la identificación de la enfermedad con la discapacidad a efectos de lo dispuesto en los arts. 4.2.c. 2º y 17.1 del ET y de la Directiva 2000/78. En otras sentencias se precisa que el derecho a la salud, en cuanto principio rector de la política social y económica “no está comprendido en la categoría de los “derechos fundamentales y libertades públicas” (Sección 1ª del Capítulo II del Título primero) a la que se refieren los preceptos legales del ET que es-

tablecen la nulidad del despido (sentencias de 11 de diciembre de 2007, 22 de septiembre de 2008 y 27 de enero de 2009, entre otras). Sólo en las sentencias de 22 de noviembre de 2007 y 22 de septiembre de 2008 abordó la Sala la denuncia de la infracción del art. 15 CE, vinculando el despido por enfermedad con la lesión del derecho a la integridad física. Se dijo en estas sentencias que el despido por enfermedad no afectaba, en principio, “al derecho a la integridad física que protege ante todo la incolumidad corporal, esto es, el derecho de la persona «a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento”.

Planteada así la cuestión analizaremos a continuación la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional diferenciando diversas líneas argumentales:

### *3.1. El despido del trabajador en situación de IT y derecho a la no discriminación.*

La doctrina jurisprudencial, viene a establecer, que el despido que tiene por causa la sola situación de enfermedad del trabajador, sin concurrir elementos de segregación, no incurre en la discriminación prohibida por el artículo 14 de la Constitución y, por ello, no es un despido que deba ser calificado como nulo sino improcedente.

La enfermedad no figura en la lista de discriminaciones del artículo 14 de la CE, ni se contempla en el artículo 17.1 ET, ni en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (LCEur 2000, 3383), y tampoco es equiparable a la discapacidad a efectos de discriminación, motivo por el cual la decisión extintiva adoptada por la empresa en esas condiciones no puede dar lugar, en principio, a la calificación de nulidad.

Argumenta desde esta perspectiva el Tribunal Supremo que lo característica de la prohibición de discriminación, es que se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales.

Para el Tribunal Supremo «la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta, no es un

factor discriminatorio en el sentido estricto desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación». <sup>5</sup> Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del *artículo 4.2.c).2º* ET, porque ni el trabajador ha sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones y utilizando idénticos argumentos y aunque no se ha acreditado que el móvil del despido haya sido otro que la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas médicas del trabajador, este móvil a juicio del Tribunal Supremo determina la ilicitud e improcedencia del despido pero no su nulidad por discriminación o lesión de derechos fundamentales.

### 3.2. La perspectiva de los factores de discriminación prohibidos por la ley laboral: «enfermedad» y «discapacidad»

La legislación laboral, en cuanto a las causas de discriminación, reconoce en el art. 4.2.c) ET que en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: “A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.

Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.”

<sup>5</sup> SSTS de 29 de enero de 2001 ( RJ 2001, 2069 ) , 2 de octubre de 2001 ( RJ 2002, 1273 ) , 23 de septiembre de 2002 ( RJ 2006, 1923 ) , 12 de julio de 2004 ( RJ 2004, 7075 ) , 23 de mayo de 2005 ( RJ 2005, 9656 ) , 22 de noviembre de 2007 ( RJ 2008, 1183 ) , 11 de diciembre de 2007 ( RJ 2008, 2884 ) , 18 de diciembre de 2007 ( RJ 2008, 800 ) , 22 de enero de 2008 ( RJ 2008, 1621 ) , 13 de febrero de 2008 ( RJ 2008, 2900 ) , 22 de septiembre de 2008 ( RJ 2008, 5533 ) , 27 de enero de 2009 ( RJ 2009, 1048 ).

Por su parte, el artículo 17 ET bajo la rúbrica de “No discriminación en las relaciones laborales” establece en su apartado 1 que “Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.”

Previo a la reforma de 2003, el artículo 4.2.c) ET recogía también el derecho a no ser «discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate». Es decir, desde el 2003 nos encontramos que se modifica el término de “disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales” por el de “discapacidad”. La letra de esta redacción anterior al 2003 llevó a que en ocasiones los tribunales calificaran de nulidad el despido del trabajador en situación de IT al interpretar que suponía una discriminación por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales.

No obstante, la interpretación del Tribunal Supremo tampoco permitió la pretendida asimilación entre discapacidad e incapacidad temporal, sino que identificó de modo restrictivo el término «disminuciones físicas y psíquicas» con «minusvalía» y, consiguientemente, descarta que el despido de un trabajador en situación de IT pueda suponer una infracción de dicho artículo, por cuanto que no existe declaración de minusvalía, al declarar que “Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2.c).2º del Estatuto de los Trabajadores, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador». (STS 29 enero 2001 [ RJ 2001, 2069]).

El debate fue reabierto tras la aprobación de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre ( LCEur 2000, 3383 ) , de establecimiento de un margo general

para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación porque su artículo 2 prohíbe, en el marco de las relaciones laborales, la discriminación directa e indirecta por motivos de discapacidad. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que transpone al derecho interno español dicha Directiva, modificó los artículos 4.2.c) y 17 ET en los términos anteriormente señalados.

Algunos pronunciamientos judiciales consideraron por el contrario que la Directiva 2000/78 y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ampliaban las causas discriminatorias prohibidas incluyendo en el término “discapacidad” la incapacidad temporal o enfermedad.<sup>6</sup>

Es en este punto se produce la intervención del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas: El Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE, cuestionando si a los efectos de la Directiva, «enfermedad» puede equipararse a «discapacidad», en tanto que, generalmente, la enfermedad precede a la discapacidad, en cuanto que «la protección de los discapacitados no nace sólo cuando la deficiencia pueda calificarse de irreversible, sino desde el momento en que esta condición de salud resulte relevante».<sup>7</sup> La cuestión, que fue resuelta por la Sentencia C. 13/05 ( TJCE 2006,

192)<sup>8</sup> (Asunto Chacón-Navas), resuelve en su parte dispositiva que:

«1º. Una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la *Directiva 2000/78 / CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000.*

2º. La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los *artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78*, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

3º. La enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la *Directiva 2000/78* prohíbe toda discriminación».

Se añade en la misma resolución [ordinal 44] que «al utilizar en el *artículo 1 de la mencionada Directiva* el concepto de “discapacidad”, el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de “enfermedad”. Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos»; añadiendo [ordinal 46] que «*La Directiva 2000/78* no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad». La sentencia añade que ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad y que no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación distintos a los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de esa norma (discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual).<sup>9</sup>

8 STJCE 11/07/06. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria” *Relaciones Laborales*, Nº 5, Sección Crónica internacional y comunitaria, Año XXIII, pág. 1143, tomo 1, Editorial LA LEY 2007

9 En los posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo se cita la sentencia del TJCE, como argumento adicional para rechazar la nulidad del despido del trabajador en

6 Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona (Sentencia 7-1-2005), declara la nulidad del despido de un trabajador en situación de IT, al entender que la enfermedad queda incluida dentro del concepto de «discapacidad», con independencia del carácter temporal de la enfermedad. Por el contrario otros tribunales consideraron que la transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2000/78 no modificaba la jurisprudencia del TS en la materia (STSJ de Cataluña de 22-3-2006 (AS 2006, 2821), si bien cuenta con un voto particular.

7 “...parece útil averiguar a partir de qué momento se coloca por el legislador el listón protector contra la discriminación de los discapacitados. ¿Se está refiriendo la norma exclusivamente a las personas que padecen de un modo definitivo y estable deficiencias en sus funciones o estructuras corporales, limitaciones en su actividad y restricciones en su participación societaria?...La duda del juez nacional en este caso se decantaría a favor de estimar que la protección de los discapacitados no nace sólo cuando la deficiencia pueda calificarse de irreversible, sino desde el momento en que esta condición de salud resulta relevante. Este paraguas normativo, vinculado al artículo 13 del Tratado, conduce en mi opinión a considerar que la protección frente a prácticas discriminatorias fundamentadas en la discapacidad de los trabajadores debe dispensarse desde el momento en que la enfermedad como condición de salud se aprecia relevante. Lo contrario vaciaría en muy buena medida la protección pretendida por el legislador ya que, siendo la enfermedad una condición de salud que en numerosas ocasiones puede desembocar en un estado irreversible de discapacidad, por esta vía se pueden fomentar prácticas discriminatorias incontroladas»(Auto del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de 7-1-2005 [AS 2005, 240] ).

En conclusión, para el Tribunal Supremo, a los efectos de la calificación del despido la enfermedad no constituye factor de discriminación, aunque lo sea de trato ilegal, por lo que la decisión extintiva por aquella causa integra despido improcedente y no nulo, en cuanto que no cabe encuadrarla en ninguno de los supuestos de nulidad previstos en las normas laborales. Argumenta que en la afirmación contraria se confundirían dos principios constitucionales: el principio de igualdad de trato y la tutela antidiscriminatoria, que tienen un distinto alcance; interpretando que la referencia del *inciso final del artículo 14* de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta.

Con tal doctrina, diferenciando el principio de igualdad y la proscripción de la discriminación, la Sala no hace sino seguir el criterio reiteradamente expuesto por el Tribunal Constitucional.<sup>10</sup> Este último, en su último pronunciamiento al respecto en STC 62/2008,<sup>11</sup> de 26 de mayo de 2008, reiterando su doctrina anterior afirmando que «al margen de que una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE... no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en deter-

minadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo... así ocurrirá singularmente,... sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”, confirmando que el despido por razón de la enfermedad o de estado de salud, en principio, «no constituye en sí mismo una decisión discriminatoria», por no ser la enfermedad un motivo vedado de discriminación a efectos del art. 14 CE.<sup>12</sup>

### 3.3. El despido del trabajo en situación de IT desde la perspectiva del derecho a la salud, a la vida y a la integridad física.

Se ha alegado como argumento que justificaría la nulidad del despido en el caso que nos ocupa que en cuanto que el despido es declarado nulo cuando vulnera alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución y en cuanto que la situación de incapacidad temporal trae su causa de una enfermedad, se vulneraría el derecho a la vida y a la integridad física del artículo 15 CE. Por el contrario, el Tribunal Supremo argumenta que no se está vulnerando con la decisión extintiva un derecho fundamental, en cuanto que no se atenta contra el derecho a la integridad o el derecho a la salud. Según el Alto Tribunal, no es aceptable considerar al mismo nivel el derecho fundamental a la vida y a la integridad física [art. 15 CE ] con el derecho a la protección de la salud [el art. 43.1 CE ], pues sin

situación de IT.

10 (SSTC 128/1987, de 16/Julio, FJ 5; 207/1987, de 22/Diciembre, FJ 2; 166/1988, de 26/Septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1/Julio, FJ 2; 147/1995, de 16/Octubre, FJ 2; 126/1997, de 3/Julio, FJ 8; 17/2003, de 30/Enero, FJ 3; 41/2006, de 13/Febrero, FJ 3; 154/2006, de 22/Mayo, FJ 4; 214/2006, de 3/Julio, FJ 2; 342/06, de 11/Diciembre, FJ 3, de 3/2007, de 15/Enero, FJ 2.

11 En relación a esta sentencia: GUALDA ALCALÁ, F.J. «La calificación del despido por razón de la enfermedad del trabajador simplemente improcedente, o nulo por lesivo de derechos fundamentales. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008, de 26 de mayo)», *Revista de Derecho Social*, núm. 42, 2008, pgs. 125-142 y PULIDO QUEVEDO, M. «La enfermedad como factor de discriminación», *Aranzadi Social* núm. 8, 2008, pgs. 1-2. (BIB 2008, 1600), así como IGLESIAS CABERO, M. “Despido por razones de salud: ¿improcedente o nulo? (1)” *Actualidad Laboral*, Nº 19, Sección Sentencias Ejemplares, Ref. 704, pág. 2306, tomo 2, Editorial LA LEY, 2008 y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “Despido por enfermedad y discriminación”. *Relaciones Laborales*, Nº 20, Sección Editorial, Año XXIV, pág. 61, tomo 2, Editorial LA LEY, 2008 y MARTÍN JIMÉNEZ, R. “La racionalidad de los derechos fundamentales: un apunte sobre el despido durante la situación de incapacidad temporal.” *BIB 2008/987. Aranzadi Social* paraf. 18/2008.

12 Esta sentencia contiene un voto particular que afirma que «existen enfermedades o afecciones crónicas que no alcanzan el grado de una discapacidad, a efectos de los artículos 4.2 c) y 17.1 LET ( RCL 1995, 997) o de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 ( LCEur 2000, 3383) y que, sin embargo, constituyen una categoría intermedia entre ésta y la simple enfermedad estrictamente funcional para el trabajo y generan, en casos como el enjuiciado en este amparo, acciones discriminatorias que es necesario considerar prohibidas en la cláusula “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” del artículo 14 CE máxime cuando, al estar afectado el derecho al trabajo del recurrente del artículo 35.1 CE ( RCL 1978, 2836) y el principio rector del reconocimiento a la protección de la salud del artículo 43 CE, obligan a un mayor rigor y exigencia de razonabilidad del que carecen en este caso las resoluciones judiciales ( STC 95/2000, de 10 de abril [ RTC 2000, 95 ] )» (Voto Particular STC de 26-5-2008).



perjuicio de la indudable conexión entre ambos derechos. Para ello argumenta, recordando la doctrina del Tribunal Constitucional, que el derecho a la salud no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica, y que como tal puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que lo desarrollen -art. 53.3 CE-, pero no puede ser objeto de la tutela extraordinaria que para determinados derechos fundamentales otorga la Ley (ATC 57/07, de 26/Febrero, FJ 3). El derecho a la integridad física protege ante todo la incolumidad corporal, esto es, el derecho de la persona «a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento» (SSTC 207/1996, de 16/Diciembre, FJ 2; 220/05, de 12/Septiembre, FJ 4); En el problema que nos ocupa, esto es, la declaración de improcedencia o nulidad del trabajador de baja por incapacidad temporal, el que está en juego no el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, sino más bien el derecho al trabajo -incluso en situaciones de infortunio físico [art.35 CE)...<sup>13</sup>

En el mismo sentido, se ha posicionado el Tribunal Constitucional, así STC 27-3-2007, determina que el artículo 15 CE únicamente alcanza a la protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, y STC 12-9-2005 ( RTC 2005, 220) el Tribunal Constitucional evidencia que el artículo 15 CE «no incluye el régimen de bajas por lesión o enfermedad regulado en el Derecho laboral y de Seguridad Social o en el de funcionarios, y por ello aquel precepto no contiene una suerte de derecho fundamental a la baja laboral o a la prórroga de licencia por enfermedad», es decir, bajo este prisma no puede considerarse que el derecho a la salud o a que no se dañe o perjudique la salud personal, esté comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 de la Constitución, ni alcanza a integrar en modo alguno un derecho fundamental a la baja laboral.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> En idéntico sentido, SSTC 11 marzo 1996 (RTC 1996, 35), 16 diciembre 1996 (RTC 1996, 207), 31 enero 2000 (RTC 2000, 25), 14 enero 2002 (RTC 2002, 5) y 12 septiembre 2005 (RTC 2005, 220).

<sup>14</sup> En sentido se pronuncia la STS, 11 diciembre 2007 ( RJ 2008, 2884) . En relación a esta sentencia, vid. Víctor MANTECA VALDELANDE, «Sentencia de la sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11-12-2007. Despido en que la causa aducida por la empresa no se corresponde con la causa real de despido», Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 758, 2008, pgs. 1-5 ( BIB 2008, 1712) y diversos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, entre otros, STSJ C. Valenciana de 29-4-2003 ( AS 2004, 1204) y 13-5-2004 ( AS 2004, 3650) , 26 de octubre de 2005 ( PROV 2006, 136633) STSJ Madrid de 14-7-2000 ( PROV 2000, 287147) y 21-3-2006 ( PROV 2006, 179862) , STSJ Castilla y León de 16-3-1998 ( AS 1998, 1979) , STSJ Castilla-La Mancha de 4-4-2005 (

No obstante, nos encontramos con numerosos pronunciamientos en el ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia contrarios al posicionamiento del Tribunal Supremo, que interpretan que el despido que tiene como única causa la situación de IT por enfermedad es lesivo del derecho fundamental consagrado en el artículo 15 CE y, al no estar amparada esta causa de despido en el artículo 56.2 ET, procede declarar la nulidad del despido.<sup>15</sup>

La interpretación del Tribunal Supremo cabe considerarla extremadamente peligrosa, en cuanto que ha llevado a las empresas a justificar en la misma el despido, alegando expresamente en la carta de despido que “Como ya ha señalado el Tribunal Supremo en su reiterada jurisprudencia (SSTS 29/01/01; 12/07/204 ; 23/05/05 ; 22/11/07 o 18/12/07), lo que en esta carta de despido se alega, insistimos, no es la enfermedad en sí justificada que imposibilita el desempeño del trabajo, sino su falta de colaboración, su actitud y la disminución de la productividad y consiguiente quebranto económico que tal situación genera, siendo el despido una medida proporcionada y de conveniencia para la empresa.”, como se pone de manifiesto en STS de 31 de enero de 2011 ( RJ 2011, 922).<sup>16</sup> Esta última sentencia declara la nulidad de

AS 2005, 913), SSTSJ de Andalucía/Granada de 26 de enero de 2006 ( PROV 2007, 189163) ; ; Cantabria de 23 de febrero de 2005 ( PROV 2005, 93786); Extremadura de 29 de abril de 2005 ( AS 2007, 752) ; Galicia de 7 de abril de 2006 ( PROV 2007, 208902) y La Rioja de 6 de noviembre de 2007 (PROV 2008, 67207) .

<sup>15</sup> STSJ País Vasco de 27-6-2003 ( AS 2003, 2833) y 7-6-2005 ( AS 2005, 2285) , STSJ Madrid de 15-1-2001 (PROV 2002, 36584) y 18-7-2006 ( PROV 2006, 279688) y ( PROV 2006, 279684) , STSJ Cataluña de 12-7-2006 ( AS 2007, 509) , 28-7-2006 ( AS 2007, 1107) y 7-9-2006 ( AS 2007, 1217). En este sentido de considerar la declaración de improcedencia contrario al derecho constitucional de protección a la salud CARRIZOSA PRIETO, E. «Despido por incapacidad temporal: ¿Discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?», Temas Laborales, núm. 96, 2008, pgs. 282-283; SÁNCHEZ TORRES, E. «La enfermedad como causa “improcedente” del despido»: op.cit., pgs. 33-41: TAPIA HERMIDA, A. «Enfermedad, discapacidad y despido. Comentario a la STJCE de 11 de julio de 2006 ( TJCE 2006, 192) , asunto C-13/05)», Estudios Financieros, núm. 288, 2007, pg. 171.

<sup>16</sup> Esta sentencia tiene su origen en sentencia del TSJ Asturias, de 12 de marzo de 2010- Rec. 188/2010-. Tiene interés precisar que en su FJ 2º, punto 3º la sentencia recurrida recoge una afirmación con valor fáctico de la sentencia de instancia, que menciona el comportamiento de la empresa que opera, como “práctica habitual”, “coaccionando a los trabajadores para que se reincorporen a su puesto de trabajo... cuando existe un parte médico expedido por un facultativo de la sanidad pública que entiende que el trabajador no se encuentra en condiciones para reincorporarse al trabajo”. Vid. Comentario en MORENO MÁRQUEZ, A. “Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego” .BIB 2010\2075.

un despido del trabajador en situación de baja médica que es presionado por su empresa para reincorporarse al trabajo, sobre la base de afirmar que tal presión, bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico, constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, una actuación de este tipo resulta lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional.

El Tribunal Supremo interpreta que en la jurisprudencia alegada por la empresa el despido era una reacción de la empresa ante los efectos en el trabajo de la morbilidad del trabajador, pues en ninguna de ellas actuaba el despido como una coacción o amenaza que se orienta directamente a que el trabajador abandone el tratamiento médico impuesto con preceptiva baja en el trabajo, que es lo que ha llevado a la sentencia recurrida a justificar la nulidad del despido en la medida en que esa coacción sí que resulta relevante. Y lo es, a su juicio, porque enlaza con la doctrina del Tribunal Constitucional que en sus SSTC 62 y 160/2007 ha señalado que “el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal” y “si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma”, se precisa que “una determinada actuación u omisión de la empleadora” en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral “podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado”. Y así se concluye que “tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado *ad casum*, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta” sin que altera en absoluto la declaración de improcedencia en los restantes casos de despido analizados.

En sentido similar la STSJ País Vasco de 27 de junio de 2003 (AS 2003, 2833), en el que la trabajadora fue forzada a reincorporarse, mientras se encontraba en situación de incapacidad temporal, bajo la amenaza de que si no lo hacía sería despedida. La diferencia en este caso es que la trabajadora abandonó dicha situación y se reincorporó en varias ocasiones a su trabajo. Esto llevó a que no sólo no pudiese mejorar en

relación a sus dolencias sino que, fue empeorando, lo que nuevamente le llevó a una situación de baja médica y finalmente fue despedida. Esas sucesivas reincorporaciones dieron lugar a que la trabajadora viese lesionada su integridad más allá de la situación inicial que determinó su situación de incapacidad, lo que determinó la calificación del despido como nulo por vulneración del derecho a la integridad.

### 3.4. *El despido del trabajo en situación de IT y el derecho a la dignidad de la persona del artículo 10 de la constitución.*

El Tribunal Supremo argumenta al respecto que si bien tal dignidad es valor jurídico fundamental, «fundamento del orden político y de la paz social» (SSTC 116/1999, de 17/Junio, FJ 4; y 91/2000, de 30/Marzo, FJ 7), base de nuestro sistema de derechos fundamentales (STC 212/2005, de 21/Julio FJ 4), lo cierto es que no se trata de un derecho fundamental susceptible de protección autónoma (STC 64/1986, de 21/Mayo, FJ 1; y ATC 149/1999, de 14/Junio, FJ 2), sino que únicamente opera en relación con los derechos fundamentales propiamente dichos, de manera que la falta de vulneración del alguno de estos derechos comporta la inargumentabilidad de aquel «valor espiritual y moral inherente a la persona.

### 3.5. *El despido del trabajo en situación de IT y el artículo 24 de la Constitución.*

También se ha pretendido la protección del trabajador, en cuanto que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y este derecho no se agota con la actuación de los órganos jurisdiccionales, sino que la garantía de indemnidad alcanza en el ámbito de las relaciones laborales a la protección del trabajador frente a las sanciones del empresario de adoptar medidas sancionadoras frente a las derivadas del interés legítimo del trabajador de ejercicio de sus derechos.<sup>17</sup>

Algunos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia han entendido que el despido del trabajador de baja laboral por IT vulneraba la garantía de indemnidad del art. 24 porque el trabajador haciendo uso de su derecho legítimo a baja médica era despedido.<sup>18</sup> El Tribunal Supremo, por el contrario

<sup>17</sup> SSTC 26 septiembre 1988 (RTC 1988, 165), 4 octubre 1990 (RTC 1990, 151), 18 enero 1993 (RTC 1993,7), 18 enero 1993 (RTC 1993, 14) y 24 febrero 1994 ( RTC 1994, 54).

<sup>18</sup> STSJ Cataluña de 2-4-2001 ( AS 2001, 766) , STSJ Madrid de 18-7-2006 ( PROV 2006, 279688), entre otras.

ha negado la vulneración de este derecho en cuanto que el trabajador ha sido beneficiado por el derecho a la asistencia sanitaria y a las prestaciones correspondientes que le brinda el Sistema de Seguridad Social, sin que exista conexión entre la acción empresarial y el uso del derecho por el trabajador, en tanto en cuanto los motivos de la empresa para el despido se fundamentan en la pérdida de interés productivo que ofrece el trabajador y no en una represalia por causar baja médica.<sup>19</sup>

#### 4. La defensa de la nulidad del despido del trabajador enfermo oncológico.

Nos encontramos con abundantes pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia que cuestionan la aplicación automática de la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo y el Constitucional y fallan la nulidad y la imprudencia del despido. No obstante, los Tribunales no entran a debatir acerca del tipo de enfermedad que debería dar lugar a justificar la nulidad en vez de la improcedencia. Incluso en el único supuesto en el que se conoce del despido de un trabajador oncológico (STSJ de Canarias/Las Palmas, de 25 de enero de 2011 (AS 2001, 216), el Tribunal se decanta por la nulidad pero no en función de que se trate de cáncer, sino en base a criterios generales que pueden aplicarse a cualquier tipo de enfermedad.

El enfoque de los Tribunales Superiores de Justicia se ha fundamentado esencialmente en considerar que cuando se invoca por la empresa la enfermedad como causa del despido, se incide en la discriminación del artículo 14 de la Constitución, llegando a afirmarse que la enfermedad se identifica como un factor de segregación con el que la empresa configura una auténtica categoría colectiva o clase de trabajadores caracterizada exclusivamente por la enfermedad.<sup>20</sup> En este sentido, resultan dignos de mención los

19 «No cabe acoger la alegación ... sobre una eventual vulneración por parte de la empresa con su decisión extintiva del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, pues la garantía de indemnidad que se comprende en el mismo, comporta la existencia de actuaciones previas del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos laborales ... En este caso la trabajadora ha utilizado pacíficamente su innegado derecho a la asistencia sanitaria y a las prestaciones que para la incapacidad temporal previene la norma y ninguna relación existe entre la utilización del derecho como tal y la acción empresarial...» (STS 12 julio 2004 [RJ 2004, 7075]).

20 Entre otras, STSJ Cataluña de 30 de marzo de 2007. STSJ Cataluña de 12 de julio de 2006 ( AS 2007, 509), casada por la STS de 22 de enero de 2008 ( RJ 2008, 1621) ; SSTSJ Cataluña de 20 y 28 de julio de 2006 ( PROV 2006, 252061) , casadas por las SSTS de 13 de febrero de 2008 ( RJ 2008, 2900)

pronunciamientos de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en dos sentencias de 18 de julio de 2006, que concluye que nuestro sistema de valores constitucionales no permite la consideración de la persona del trabajador como una mera fuerza de trabajo, Afirman estas sentencias que la rentabilidad económica, el mercado, «no puede ser la clave fundamental porque ello supone el derivar de la persona, del ser humano, al Homo utilitarista, pulverizando las normas y los valores que las inspiran y que contienen, hasta hacerlos coincidir con el universo de los poderes del mercado». Ello sucedería, «si admitiéramos que el empresario puede prescindir del trabajador enfermo porque no le es productivo o económicamente rentable, como si de una máquina averiada, o ya inservible, se tratase... nuestro globalizado sistema de valores solo es justo cuando es la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, no la riqueza material o económica, el fin último perseguido».

Por su parte, la STSJ de Canarias/Las Palmas, de 25 de enero de 2011 (AS 2001, 216),<sup>21</sup> ha declarado la nulidad del despido de un trabajador motivado por su falta de rentabilidad para la empresa por padecer continuos procesos de Incapacidad Temporal, precisamente derivados de un proceso de cáncer. La sentencia, que sigue el criterio de otra anterior dictada por la misma Sala el 22 de diciembre de 2010 (rec. 1314/2010),<sup>22</sup> no realiza diferenciación alguna en sus argumentos por el tipo de enfermedad oncológica, ante la que se enfrenta el trabajador. Cuestiona si concurre un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desempeñar su trabajo. La Sala afirma que la empresa se limitó a constatar que el trabajador había enfermado en varias ocasiones, y que, sólo por ese hecho, procedía a su despido, afirmando que “no es de recibo el argumento de que es costosa para la empresa la baja porque ha de pagar la cotización, pues ello supone “cosificar” al trabajador (es como decir que la máquina se avería y hay que cambiarla) y además supone aceptar la enfermedad, que tiene una protec-

y 11 de diciembre de 2007 ( RJ 2008, 2884) ; STSJ Cataluña de 11 de diciembre de 2007, casada por la STS de 27 de enero de 2009 (RJ 2009, 1048) .

21 Vid. Comentario a la sentencia en GORDO GONZÁLEZ, L. “El futuro del despido por enfermedad del trabajador: ¿improcedente o nulo?”.BIB 2011\793. *Aranzadi Social* paraf. 24/2011. Editorial Aranzadi.

22 Vid. Comentario en SIRVENT HERNÁNDEZ, N. “La problemática calificación del despido del trabajador por ausencias debidas a su enfermedad” BIB 2012\117 *Aranzadi Social* paraf. 74/2012. Ed. Aranzadi.

ción constitucional en el ámbito del derecho a la salud, como una causa de extinción, pues tal y como la empresa lo plantea lo que está diciendo es que si los trabajadores se enferman pueden ser despedidos porque son costosos, y lo mejor es pasarle el costo al Estado vía desempleo.” Recuerda que tanto el TS como el TC, admiten la posibilidad de que la enfermedad sea un factor de discriminación cuando concurren circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación, y si ello, sigue recordando, fácilmente se observa en los casos de enfermedades que socialmente supongan un estigma, también debe apreciarse en los casos en los que se estigmatice al trabajador por el hecho de estar enfermo con independencia del tipo de enfermedad que padezca.

Las diferencias entre los planteamientos del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia analizadas, no está en reconocer que el despido deba ser declarado nulo cuando la enfermedad sea tenida en cuenta como un elemento de segregación basado en su mera existencia, ya que ninguna de las dos posturas lo niega, sino en considerar que el hecho mismo del despido del trabajador enfermo permite identificar un factor de discriminación que hace que la decisión empresarial deba considerarse nula, con independencia de si la causa alegada como base del despido es que el trabajador no sea productivo o económicamente rentable para la organización o producción empresarial.

#### 4.1. Excepción a la regla general: el elemento de segregación.

Como se ha puesto de manifiesto en las páginas precedentes, ni el Tribunal Supremo, ni el Tribunal Constitucional fijan una doctrina incondicionada respecto del rechazo de la declaración de nulidad del despido en los supuestos en que éste se haya producido por causa de la enfermedad del trabajador, afirmando, en su sentencia de 18 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 800), que «en cada proceso individual de despido habrá que considerar, cuál o cuáles hayan sido los factores tenidos en cuenta por la empresa». El Tribunal Constitucional, en la STC 62/2008, de 26 de mayo (RTC 2008, 62) y fijando su posición en los condicionantes que permiten incluir una causa de discriminación en la cláusula genérica de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” determina que resulta necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que “...lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza

particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE).”, afirmando en su FJ 6º que “el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo... así ocurrirá singularmente, ... cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.”

Ni el Tribunal Supremo ni el Constitucional establecen supuestos concretos ni por enfermedades específicas, teniendo en cuenta que en todos los supuestos y que sin excepción se han declarado como despidos improcedentes y no nulos, la causa alegada por las empresas era la excesiva onerosidad que suponía la baja laboral para el empleador. El problema por tanto se centra en determinar los supuestos en los que el despido se produce sobre la base de aplicar un factor de segregación, extremo sobre el cuál la evolución jurisprudencial ha sido prácticamente nula.<sup>23</sup>

La discriminación resulta fácilmente apreciable si el despido se produce por sufrir una enfermedad concreta sobre la cual puede recaer un acusado disvalor social, o si la propia enfermedad es la que determina la inclusión del trabajador en un grupo diferenciado.

En enfermedades como el SIDA en las que se ha llevado a cabo una estigmatización del trabajador el despido resulta nulo por discriminatorio,<sup>24</sup>o incluso

23 AZAGRA SOLANO, M. “Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo”. BIB 2011\720. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 4/2011. Ed. Aranzadi.

24 STSJ Madrid de 5 de noviembre de 2007 (AS 2008, 490); STSJ Cataluña de 23 de noviembre de 2009 (AS 2009, 3135). En este mismo sentido, por parte de la doctrina, BLASCO JOVER, C.: «El despido del trabajador cero positivo o enfermo

se plantearía en supuestos de despido de trabajadoras en IT a consecuencia de accidentes o enfermedades derivadas de escenarios de violencia de género<sup>25</sup>, o en determinados supuestos excepcionales de enfermedades derivadas del embarazo que están ligadas a la condición de mujer, se considera como discriminatorio y por tanto viciado de nulidad. En este último caso, se trata, en realidad, como ha declarado el Tribunal Constitucional (SSTC 17/2007 y 74/2008), de un supuesto particular de despido discriminatorio por razón de sexo, en cuanto que la decisión o práctica de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo por motivo concerniente al estado de gestación sólo puede afectar a las mujeres, situándolas en posición de desventaja con respecto a los hombres.

Parte de la doctrina científica<sup>26</sup> ha basado su argumentación en considerar que lo decisivo es averiguar si la diferencia de trato recibida por el trabajador es debida a su adscripción a una categoría social. Una categoría formada por trabajadores que posean unas características personales concretas, entre ellas la enfermedad, que los diferencien del resto de trabajadores, siendo a su vez necesario reflexionar sobre si el tratamiento recibido por ello ha sido desfavorable para él por abocarlo a una desigualdad lesiva de su dignidad.

Otros autores, con la finalidad de buscar nuevos argumentos que permitan declarar la nulidad del despido, han planteado incluir el concepto de «discriminación indirecta»; o bien considerar la enfermedad recurrente o crónica como un factor de discriminación laboral; de establecer parámetros objetivos que permitan distinguir entre «enfermedad temporal», «enfermedad de larga duración», «enfermedad discapacitante» o «discapacidad», afirmando incluso que la enfermedad, al menos la de larga duración, tiene cabida en la prohibición de discriminación relativa a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Desde la misma perspectiva se ha defendido la posibilidad de considerar enfermedades específicas como causa de discriminación directa; o la de explorar el recurso a la garantía de indemnidad para considerar que el despido del trabajador por razón

de su enfermedad merece un mayor reproche que las consecuencias de la declaración de improcedencia.<sup>27</sup>

Las circunstancias expuestas hacen posible aseverar, por tanto, que el juicio sobre el alcance de la decisión empresarial sólo puede hacerse caso por caso. Así por ejemplo la STSJ Cataluña de 12-7-2006 –Rec. 2900/06- declara la nulidad del despido por entender que existe un factor de segregación en la elección del trabajador despedido, fundamentando la decisión en el despido de 41 trabajadores de la empresa y en base al elevado número de trabajadores afectados, considerar que se trataba de «un factor de segregación con el que la empresa configura una auténtica categoría colectiva o clase de trabajadores caracterizada exclusivamente por dicha circunstancia, la enfermedad».<sup>28</sup>

El Tribunal Supremo, no comparte esta opinión, declarando que el criterio cuantitativo no es suficiente para apreciar un elemento segregacionista en la actuación empresarial, porque «la proporción de trabajadores despedidos alegando falta de rendimiento respecto del total de incapacitados temporales y respecto del volumen de empleo de la empresa no revelaría la existencia de un propósito empresarial ni de segregación en general de trabajadores enfermos o incapacitados, ni de exclusión en particular de trabajadores afectados por determinadas enfermedades».<sup>29</sup>

27 ARETA IBAÑEZ, M., QUINTANILLA NAVARRO, Y., BARRIOS BAUDOR, G., BUENDÍA JIMÉNEZ, J.A., CAVAS MARTÍNEZ, F., TORTUERO PLAZA, J.L., y SEMPERE NAVARRO, A.V., en La calificación del despido por bajas médicas, *Aranzadi Social* 21/09, abril 2009, pgs. 145 a 169.

28 SSTSJ Cataluña 7-9-2006 (AS 2006, 1217) y 11-12-2007 (PROV 2008, 72271) . No obstante, cuenta con voto particular que rechaza que el factor segregacionista pueda deducirse necesaria y directamente del número total de trabajadores afectados; máxime si se tiene en cuenta que la empresa despidió a 41 de los 872 trabajadores en situación de IT: «No se aprecia un trato desigual respecto de otros trabajadores de una importante empresa privada que se mueve en el marco de la economía de mercado (...) sin que tampoco concurre una causa de discriminación prohibida por la ley (...) por no estarse ante un auténtico colectivo de trabajadores afectados por una decisión empresarial discriminatoria (...) el afán segregacionista no se deduce necesariamente del número de trabajadores afectados».

29 SSTS, 22 enero 2008 (RJ 2008, 1612) 18 diciembre 2007 (RJ 2008, 800) y 27 enero 2009 (RJ 2009, 1048) . La posición del TS y del voto particular de la STSJ Cataluña 12 julio 2006 también ha sido sostenida por algunos autores que interpretan que la mera pluralidad de trabajadores afectados no puede constituir la única base para concluir la existencia de un factor segregacionista y determinar la vulneración del artículo 14 CE. Si efectivamente existe un elemento de segregación, éste existirá con independencia del número de trabajadores efectivamente afectados por el despido. (CÁMARA BOTÍA, A «De nuevo sobre la calificación del despido motivado por bajas

de SIDA», en *Aranzadi Social*, nº 5, 2006.

25 STSJ de Castilla-La Mancha, de 2 de noviembre de 2007 (AS 2008, 489), que declara nulo el despido de una trabajadora que sufre síndrome ansioso-depresivo reactivo a padecimiento de situación de violencia de género.

26 A. TOLEDO OMS «El despido sin causa del Trabajador en situación de incapacidad temporal (*Cuadernos Aranzadi Social* 2008)» (BIB 2008, 571).

## 5. Conclusiones y propuestas.

A mi juicio el despido de trabajadores con causa en la baja por enfermedad común en supuestos de enfermedad grave, como es el caso del cáncer, debería ser sin duda despido nulo, y ello por varias razones:

En primer lugar, el hecho de que se permita el despido por motivos económicos nos estaría abocando a permitir que el trabajador que además de sufrir los efectos adversos para su salud, a lo que debemos unir la intensidad y agresividad de los tratamientos médicos sufridos se encontrara en una situación claramente desfavorable cual es el despido improcedente.<sup>30</sup> Lo contrario sería admitir el despido sin causa, aunque indemnizado, afectando el principio de estabilidad en el empleo en el que la «causalidad» se sustenta. Estamos ante un ejemplo más del fenómeno de progresiva descausalización del despido al que estamos asistiendo en los últimos años, máxime con la situación de desempleo y de crisis generalizada en la que nos encontramos.<sup>31</sup>

Partiendo de que tanto el TS como el TC, admiten la posibilidad de que la enfermedad sea un factor de discriminación cuando concurren circunstancias

---

médicas del trabajador», Aranzadi Social, núm. 14, 2007, pag. 5) (BIB 2007, 538)

30 «La referencia a la lógica empresarial, al interés productivo del empresario o a las conveniencias de la empresa es un peligroso argumento que generalizado podría justificar numerosas medidas discriminatorias que pueden ser “convenientes” para la empresa (p. ej. una trabajadora multipara, un sindicalista incómodo, etc.) en la medida en que puede ser leída como justificando un despido improcedente, acto ilícito pero debido a una causa razonable, aunque no amparada por el ordenamiento. En realidad muchas discriminaciones, no son “arbitrarias”, las genera el mercado y se pueden imponer a la lógica empresarial... frente a cuyo uso, al igual frente a la violación de cualquier otro derecho fundamental no cabría invocar el mero interés de la empresa». (RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M. «Despido por enfermedad y discriminación», op. cit., pg. 65).

31 Afirma la doctrina que «es despido causal aquel que forma parte de un sistema jurídico que permite al empresario la rescisión unilateral del contrato cuando éste alega, o más bien, consigue acreditar, una causa legalmente establecida que justifique la rescisión. De este modo, «si el ordenamiento jurídico permite que el despido sea eficaz, aunque el empresario deba pagar una fuerte indemnización, estaremos ante un despido libre indemnizado o ante una causalidad muy atenuada». TOLEDO OLMS, A.: «El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal». Aranzadi, 1ª edición, Madrid, 2009, págs. 62 y 63 (BIB 2009, 2245) y en la misma línea SIRVENT HERNÁNDEZ, N. “La problemática calificación del despido del trabajador por ausencias debidas a su enfermedad” BIB 2012\117 *Aranzadi Social* paraf. 74/2012 (Presentación). Editorial Aranzadi. Y en la misma línea el artículo de GINÉS I FABRELLAS, A. “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo.” BIB 2009\2050. *Aranzadi Social* num. 18/2010 (Estudio). Editorial Aranzadi.

en las que resulte apreciable el elemento de segregación, pues bien, a mi juicio en supuestos de incapacidad temporal motivados por cáncer, en cuanto a la causa de la decisión empresarial, concurre un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desempeñar su trabajo, se lleva a cabo la estigmatización de la propia enfermedad y en consecuencia se estigmatiza al trabajador por el mero hecho de estar enfermo.<sup>32</sup>

Lo que exige el Tribunal Supremo -STS de 27 de enero de 2009 ( RJ 2009, 1048)- es demostrar un móvil distinto a la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas médicas del trabajador como causa de extinción que determine la nulidad.

Por su parte el TC en las sentencias analizadas El Tribunal Constitucional admite que la discriminación supone un comportamiento contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes -art. 10 CE- y que la enfermedad puede constituir un factor de discriminación:

a) Cuando el factor enfermedad suponga la estigmatización como persona enferma de quién la padece (tesis coincidente con la del Tribunal Supremo), o

b) Cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada.

Existen enfermedades como el cáncer que aunque no se encuentren especialmente estigmatizadas socialmente, son susceptibles de generar el mismo rechazo o exclusión social que una discapacidad o minusvalía. En esta enfermedad existe un grupo de trabajadores afectados y diferenciado que es susceptible de sufrir algún tipo de segregación o trato diferenciado socialmente. Y ello conlleva que se encuentren en una situación de desventaja a la que el ordenamiento jurídico debe dar respuesta inmediata.<sup>33</sup>

---

32 Es numerosa la doctrina que afirma la posibilidad de declarar la nulidad por vulneración del artículo 14 CE entendiendo que los trabajadores en situación de IT forman una categoría homogénea de trabajadores «no aptos» o «poco productivos» que los coloca en una posición vulnerable frente a las injerencias empresariales.; SÁNCHEZ TORRES, E. «La enfermedad como causa “improcedente” de despido...», op. cit., pg. 424.

33 ARENAS VIRUEZ, M. “La incapacidad temporal

Como se ha puesto de manifiesto en las páginas precedentes, ni el Tribunal Supremo ni el Tribunal Constitucional hacen diferenciación alguna en función del tipo de enfermedad, y por tanto no se produce reflexión alguna en cuanto a que quienes pueden padecer este tipo de despidos son trabajadores sometidos a procesos de incapacidad temporal de amplia duración, cuando su especial vulnerabilidad requeriría una especial protección que garantizara la correcta recuperación del trabajador. A ello hay que añadir la práctica habitual en la que entran algunas empresas de llevar a cabo el despido, reconociendo la improcedencia del mismo cuando se trata de trabajadores en supuestos de incapacidad temporal, por lo que resulta obvio que al menos en tales casos las empresas con su reiterado recurso al despido por enfermedad están estigmatizando al trabajador enfermo con carácter general.<sup>34</sup>

En la búsqueda de una solución jurídica, algunos autores<sup>35</sup> vieron una posible modificación en el Proyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación,<sup>36</sup> iniciativa legislativa caducada por la disolución de las Cortes Generales, que reconocía expresamente que la enfermedad es un motivo de discriminación, afirmando en su artículo 2.3, que «la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública», y en su artículo 2.1 desarrollaba el catálogo de circunstancias contempladas en el artículo 14 de la

---

como causa de despido: nulidad o improcedencia” *Relaciones Laborales*, Nº 1, Sección Doctrina, Año 27, pág. 157, tomo 1, Editorial LA LEY.

34 Tal práctica se muestra en los hechos probados de las sentencias STS de 31 de enero de 2011 (RJ 2011, 922) y STSJ de Canarias/Las Palmas, de 25 de enero de 2011 (AS 2001, 216).

35 GORDO GONZÁLEZ, L., Ob. Cit., AZAGRA SOLANO, M. “Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo.” BIB 2011\720. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 4/2011 (Comentario). Editorial Aranzadi, SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, A. «Anteproyecto de Ley Integral de igualdad de trato y no discriminación: Discriminación por enfermedad» (BIB 2011, 3497), en *Aranzadi Social*, núm. 21, 2011; y MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. «La enfermedad como causa de discriminación en el anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación» en *Diario la Ley*, núm. 7584, marzo 2011.

36 Proyecto de Ley para la Igualdad de trato y la no discriminación. BOCG. Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley. 10 junio 2011 (núm. 130-1). El Proyecto de Ley fue presentado el día 3 de junio 2011 y calificado el 7 de junio 2011, si bien resultó caducado como consecuencia de la disolución de las Cortes debido a la convocatoria de elecciones generales.

Constitución, disponiendo que «[...] nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». aunque el Proyecto del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad no contemplaba, la modificación de la redacción del Estatuto de los Trabajadores incorporando la nulidad del despido por enfermedad, se consideraba que la incorporación al ordenamiento jurídico de la enfermedad como causa de discriminación podría terminar con las reticencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional de entender que la enfermedad no entraría dentro de las causas de discriminación, máxime cuando el art. 12 del citado Proyecto incorporaba expresamente la prohibición de discriminación para el despido, porque bajo la rúbrica de “*Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo y el trabajo por cuenta ajena.*”, en su apartado 1 establecía que “No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.”

Como conclusión final podemos señalar que la solución normativa que ponga fin a estas situaciones injustas de despidos de trabajadores enfermos por razones puramente economicistas, pasaría, como ha señalado la doctrina<sup>37</sup> por dos tipos de reformas: la inclusión de una nueva causa de discriminación en el artículo 4.2.c) ET («con motivo de enfermedad, estado de salud o situación de incapacidad temporal»), y la introducción de un apartado d) en el artículo 55.5 ET que expresamente declarase la nulidad del despido del trabajador con motivo de su enfermedad, estado de salud o situación de incapacidad temporal, siendo previsible que de no afrontar la demandada reforma legislativa nos encontremos con un incremento progresivo de despidos por esta vía, que atendiendo a motivos meramente de rentabilidad económica, especialmente con la actual coyuntura de crisis económica, se dispare el número de estos despidos.

Sin perder de vista el tema central que nos ocupa, que es el derivado de las enfermedades oncológicas, una solución pasaría por recoger expresamente este

---

37 GINÈS FABRELLAS, A.: «La nulidad del despido...», op. cit..

tipo de enfermedades como causa de nulidad del despido. Argumento defendible desde diversas perspectivas, máxime cuando el legislador ya ha apostado por dotar de protagonismo a la enfermedad del cáncer en instituciones propias del Derecho del Trabajo, como ocurre con la reciente excepción a las faltas justificadas al trabajo del art. 52-d) ET o en el permiso por cuidado menores afectados por cáncer del art. 37-5 ET.

## II. REGULACIÓN ESPECÍFICA EN LA LEGISLACIÓN LABORAL DEL TRABAJADOR ENFERMO ONCOLÓGICO.

### 1. La exclusión del tratamiento médico de cáncer de las faltas de asistencia justificadas del artículo 52.d) ET.

El Estatuto de los Trabajadores regula en su artículo 52 la extinción del contrato o despido por causas objetivas. Sin entrar en otras consideraciones referentes a este precepto, nos detendremos en el análisis del apartado d) referente al despido por faltas de asistencia al trabajo justificadas pero intermitentes. Tras señalar los porcentajes correspondientes de ausencias en su primer párrafo “d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses”, realiza una enumeración de faltas de asistencia no computables a estos efectos: “... las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.”

La reforma laboral de 2012 llevada a cabo por la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio), incorpora una excepción que afecta directamente al

tema que nos ocupa, refiriéndose expresamente a los trabajadores enfermos de cáncer del siguiente tenor literal: “Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.”

Esta excepción resulta de suma importancia, ya que su finalidad es directivamente la protección del trabajador enfermo oncológico y fue incorporada por la versión parlamentaria, sin que hubiera sido contemplado por el texto del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. La misma procede de una enmienda del grupo parlamentario del Partido Popular<sup>38</sup> con la justificación expresa de “Mejora técnica, para evitar despidos por razones de ausencia justificada al trabajo en atención a un tratamiento médico o por razón de un periodo muy concreto en que se pueda producir algún problema puntual de salud.” Sin entrar en cuestiones médicas cabe señalar en este punto que el enfermo oncológico, en función del tratamiento prescrito puede precisar sesiones de tratamiento distintas que conlleven o no la hospitalización. Asimismo, una vez que el trabajador ha finalizado sus tratamientos médicos que requerían una mayor supervisión puede resultar debido a la oportuna prescripción médica necesario controles habituales acerca de su estado de salud o incluso proseguir de modo intermitente con el tratamiento médico que pudiera ser compatible con su actividad laboral. Del mismo modo se pueden plantear nuevas bajas de corta duración para el trabajador, esto es, de hasta veinte días consecutivos y que en caso de no recogerse la excepción pasarían a computarse en las ausencias al trabajo que podrían motivar el despido procedente por causas objetivas.

Con la finalidad de valorar en toda su importancia esta excepción, debemos insistir en que el Estatuto de los Trabajadores no reconoce con carácter general permisos o licencias para consultas médicas del propio trabajador, por lo que no podrían recogerse en la excepción genérica de “licencias”, y ello porque en el artículo 37-3 ET que establece una enumeración cerrada de los motivos que previo aviso y justificación posibilitan que el trabajador pueda ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, no realiza ninguna referencia a consultas médicas.<sup>39</sup> Es por la vía del Convenio Colectivo donde se introducen

38 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X Legislatura. 27 abril de 2012 Núm. 4-6 Enmienda núm. 649 (Partido Popular).

39 Salvo el apartado f) que se refiere exclusivamente a “... la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.”



motivos adicionales de permisos, dando cabida a las oportunas licencias por asistencia a consultas médicas en los términos previstos en el mismo, siendo frecuente que los convenios colectivos diferencien entre consultas médicas de especialistas y otros motivos de consultas propios de medicina general, aunque no hacen distinciones en función de la enfermedad del trabajador.

La excepción incorporada en el 2012 referente a que "Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave", nos permite incluir en este supuesto aquellas bajas por enfermedad común que sean inferiores a 20 días y que con carácter general se incluyen en el cómputo de faltas de asistencia sumándose a los porcentajes correspondientes. Debemos recordar que en las demás situaciones derivadas de enfermedad común o accidente no laboral se requieren dos exigencias, por un lado y referente a su duración, deben tener una duración a veinte días consecutivos y en segundo lugar deben ser acordadas por los servicios sanitarios oficiales,<sup>40</sup> ya que en caso contrario la baja sería injustificada. Aunque el problema que nos ocupa estaría al margen de esta excepción, debemos señalar que cuando se trata de enfermedad común o accidente no laboral puede derivarse del texto legal la sospecha de una posible conducta irregular aun tratándose de justificantes oficiales de ausencia al trabajo, lo que en algún supuesto podría llevar a prolongarse por tiempo superior a veinte días de modo fraudulento con la finalidad de computarse entre las excepciones mencionadas.

Por otra parte, la Ley 3/2012 de 6 de julio, eliminó la barrera del índice de absentismo total de la plantilla que se incorporaba a ese artículo y que dependía por tanto del absentismo de sus compañeros de trabajo, por lo que actualmente únicamente el elemento a considerar es el índice de absentismo individual del trabajador.

Como ha señalado la doctrina,<sup>41</sup> la importancia de esta causa de despido lo demuestra el incremento de los pronunciamientos judiciales, destacando la

40 STS de 24 de octubre de 2006, R.º 2247/2005; SSTSJ País Vasco, de 19 de diciembre de 1993; Cataluña, de 5 de octubre de 2007, R.º 4777/2007; Cataluña, de 22 de enero de 2008, R.º 7341/2007; Murcia, de 31 de julio de 2008, R.º 641/2008, Madrid, de 24 de mayo de 2004, R.º 1205/2004.

41 Poquet Català, R. "La configuración del absentismo laboral como causa extintiva tras la reforma laboral de 2012" *Actualidad Laboral*, N.º 11, pág. 3, tomo 1, Ed. La Ley.

STS de 23 de enero de 2007,<sup>42</sup> que decidió un aspecto esencial, cual es, el cálculo del índice de absentismo total de la plantilla, interpretando que al respecto deben excluirse las faltas señaladas en el párrafo segundo del art. 52.d) ET como no computables.

No podemos obviar, que se trata de un despido por faltas de asistencia justificadas, que motiva el despido en la excesiva onerosidad para la empresa que suponen las faltas de asistencia con independencia de su justificación en cuanto a los problemas que se derivan para la organización del trabajo o sustitución del trabajador.

La doctrina ha debatido si se trataba de una enumeración cerrada o meramente ejemplificativa<sup>43</sup> y por otra parte el trabajador debe justificar las ausencias, y en cuanto que no se recoge límite temporal la excepción alcanza a todo el tiempo preciso de licencia.

## 2. Complementos o primas como respuesta al índice de absentismo y complementos de IT en función del tipo de enfermedad.

Los convenios colectivos, podrían establecer mejoras orientadas a que el trabajador que sufre cáncer u otra enfermedad grave tuviera un trato diferenciado respecto a beneficios tales como el abono del complemento de incapacidad temporal a cargo de la empresa, tal y como se establece en otros supuestos, como es el caso de la hospitalización, si bien esta práctica no se recoge por la negociación colectiva. Así a modo de ejemplo cabe señalar las previsiones del V Convenio colectivo estatal del corcho (BOE 21 septiembre 2012, que en su art. 57.2 regula los complementos de Incapacidad Temporal: "La empresa complementará desde el primer día el salario del trabajador en situación de incapacidad temporal, hasta el 100% del mismo, en los siguientes supuestos:

42 (R.º núm. 4465/2005), comentada por Beltrán de Heredia Ruiz, I. «El índice de absentismo de la plantilla como parámetro de referencia para la resolución del contrato por faltas de asistencia ex. art. 52 d) ET (Comentario crítico a la STS 4ª de 23 de enero de 2007)», en *Relaciones Laborales* núm. 18, 2007).

43 Mientras que para un sector doctrinal se trata de una lista cerrada, Sala Franco, T., *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pág. 36, para otro sector Asquerino Lamparero, M.J., «Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajo», en *AS*, núm. 2, 2006, pág. 8, al cual me sumo y en base al tenor literal, además porque en caso contrario no tendrían sentido las continuas modificaciones del precepto cada vez que se aprueba una norma que incluye la regulación de alguna situación suspensiva susceptible de afectar a la interpretación de las ausencias del art. 52.d).

B) Cuando la incapacidad temporal derive de accidente no laboral o enfermedad común, siempre que el trabajador haya estado hospitalizado ininterrumpidamente como consecuencia de dicho accidente o enfermedad por un período de al menos 10 días”. De un modo similar, el V Convenio colectivo del sector de la construcción. (BOE 15 marzo 2012), reconoce en su art. 67 un Complemento en caso de hospitalización, “... sólo para los casos que sea necesaria la hospitalización, las empresas abonarán un complemento que, sumado a las prestaciones reglamentarias, garantice el 100 por 100 en del salario base y pluses salariales establecidos en el convenio provincial respectivo durante la aludida hospitalización y los sesenta días siguientes, siempre que continúe la situación de incapacidad temporal.”

Cuestión distinta es la referente al complemento económico que se percibe por el trabajador en el supuesto de no tener ausencias en el trabajo, sin que los Convenios Colectivos diferencien según la entidad de la causa de la enfermedad que justifica la asistencia al trabajo. A modo de ejemplo, el Convenio Colectivo de la empresa General Motors España, S.L.U. (BOP Zaragoza 17 mayo 2010), en su art. 73 regula el Complemento de la prestación por incapacidad temporal, en el supuesto de enfermedad común garantizando a los trabajadores, desde el cuarto día hasta el decimoquinto, el cobro del 70% de su salario real, condicionado a que el empleado no haya estado en situación de incapacidad temporal en los trescientos sesenta y cinco días inmediatamente anteriores al comienzo de la baja. En función del tiempo se reconoce igualmente por un tiempo máximo de dieciocho meses, el cobro del 80 ó 90% de su salario real.<sup>44</sup>

En otros supuestos la percepción del complemento de incapacidad temporal cuando se trata de enfermedad común está en función del índice de absentismo de la plantilla. Este es el caso por ejemplo del CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE 27 diciembre 2011), que aunque en su artículo 15.2, diferencia el complemento de IT dependiendo del período de baja de que se trate, sin diferenciar en función de la gravedad de la enfermedad: Así por ejemplo en los casos de IT por Enfermedad Común o Accidente no Laboral, en la primera baja dentro del año natural, las empresas complementarán las prestaciones de la

Seguridad Social 100% del salario real del trabajador en jornada ordinaria.<sup>45</sup>

Otras veces, los convenios colectivos reconocen una prima anual individual ligada a la reducción del absentismo por enfermedad cuando su nivel esté por debajo de determinados parámetros, sin que una vez más se introduzcan criterios para beneficiar al trabajador en función de la causa de enfermedad común. Tal es el caso, por ejemplo del IV Convenio colectivo de Exide Technologies España, SA. (BOE 27 abril 2011), que recoge en su Disposición adicional cuarta la denominada prima de absentismo, por la que se establece una prima anual individual ligada a la reducción del absentismo por enfermedad y accidente común de cada Centro de trabajo<sup>46</sup>. De un modo similar el I Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales, SLU (BOE 6 junio 2012) reconoce un incentivo variable.<sup>47</sup>

Los Tribunales han interpretado que las cláusulas por las que se establecen incentivos como instrumento disuasorio de las ausencias laborales no son inconstitucionales, ni son discriminatorias para los tra-

<sup>45</sup> “...En función del índice de absentismo, para el conjunto de los trabajadores de cada centro de trabajo por enfermedad común o accidente sea laboral o no en el cómputo de los doce meses anteriores se establece la siguiente escala para el presente Convenio Colectivo: a) Del 0 al 3,5 de absentismo, el 100% del salario; b) Del 3,51 al 4,50 de absentismo, el 95% del salario; c) Del 4,51 al 5,00 de absentismo, el 90% del salario; d) Del 5,01 al 6,00 de absentismo, el 85% del salario; e) Del 6,01 al 7,00 de absentismo, el 80% del salario. Este índice se obtendrá dividiendo las horas perdidas por Enfermedad Común y Accidente de Trabajo por 100 entre horas normales teóricas de trabajo.”

<sup>46</sup> Siempre que se cumplan las siguientes condiciones: El objetivo es reducir el nivel de absentismo individual por enfermedad y accidente común por debajo del tres y medio por ciento y en compensación abonar a todos los trabajadores de alta en la empresa durante todo el año fiscal anterior (12 meses) que sirve de cálculo, y permanezcan de alta en la empresa en la fecha de pago (abril), una prima individual y anual, en función del porcentaje de absentismo colectivo.

<sup>47</sup> Anualmente, se establecerá un incentivo del 1% sobre el salario base, sin que tenga naturaleza de salario consolidable. Este incentivo variable retribuye individualmente a cada trabajador y cada año en función de su nivel de absentismo, y se abonará prorrateado en los recibos de salarios del año natural siguiente al que sirve de cálculo. Este incentivo por nivel de absentismo, gratificará la aportación individual de aquel trabajador que haya prestado servicios durante todo el año natural, siempre y cuando su nivel de absentismo sea inferior al equivalente de ocho jornadas efectivas de trabajo en dicho año natural. No se computarán para el cálculo del nivel de absentismo, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación sindical de los trabajadores, accidente de trabajo o enfermedad profesional, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones.

<sup>44</sup> El cobro mensual del complemento estará condicionado al porcentaje mensual de absentismo por incapacidad temporal del conjunto de la planta y al absentismo individual de cada empleado. Los porcentajes mensuales de incapacidad temporal por enfermedad común (excluida maternidad) establecidos como objetivo son 4% en el año 2010, 3,90% en el año 2011 y 3,80% en el año 2012.

bajadores que por razón de incapacidad temporal no hayan podido cubrir el número mínimo de asistencias que se precisan para devengar el plus. Así, la STSJ Cataluña, de 29 de marzo de 2007, (núm. 12/2007), recoge la doctrina del TC de su sentencia 189/1993, de 14 de junio, argumentando que “La enfermedad no es por sí misma un factor discriminatorio, pues el art. 14 de la CE, al regular el principio de igualdad ante la Ley, no la menciona como factor de discriminación, al tiempo que el artículo 17.1 del ET, no menciona tampoco la enfermedad o la situación de incapacidad temporal como una causa de discriminación». El Tribunal Supremo ha analizado las primas de asistencia desde la perspectiva del cumplimiento de objetivos de carácter colectivo cuando la empresa se negaba a abonarlas a los trabajadores en situación de Incapacidad Temporal. Al respecto, ha argumentado<sup>48</sup> que el carácter colectivo del cumplimiento de los objetivos determina que si todos los trabajadores participan en la consecución de los objetivos es obvio que “también habrán de participar en el reparto... quienes, aun con sus contratos suspendidos por imperativo del art. 45.1.c) ET, así mismo fueron tomados en consideración para la determinación del grado o nivel de productividad que luego ha dado lugar a la suma a repartir”; se trata de “un complemento salarial por resultados, cuyo devengo es propiamente colectivo, alcanzándose, mediante los esfuerzos mancomunados de todos los trabajadores de la empresa... de manera que, si se alcanzan los objetivos, deberán repartirse mancomunadamente entre todos los trabajadores,... sin que sea exigible ningún tipo de distinción en función de tiempo de trabajo o de resultados concretos”. Tampoco se considera infringido el artículo 45.2 ET que establece la exoneración de las obligaciones de trabajar y de remunerar cuando el contrato está en suspenso por incapacidad temporal, porque “dicha exoneración no implica ninguna prohibición de establecer determinadas remuneraciones pactadas colectivamente... cuya naturaleza de contraprestación económica en el marco de una relación laboral está fuera de toda duda.” -STS 10 noviembre 2010 (RC 222/2009)-.

### *2.1. El complemento de incapacidad temporal en la administración pública.*

La finalidad del complemento de Incapacidad Temporal es completar económicamente el subsidio y si bien como se ha analizado en los párrafos prece-

denes no se diferencia en virtud de la gravedad de la enfermedad en los convenios colectivos, requiere un estudio especial el supuesto de los empleados públicos.

En el supuesto de Incapacidad Temporal se percibía íntegramente el 100% de su salario hasta fechas recientes. La aprobación del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE 14 Julio 2012), establece una nueva regulación de la prestación económica en los supuestos de incapacidad temporal para los empleados públicos modulando la plenitud retributiva vigente hasta la fecha y concediendo un plazo de tres meses al resto de las Administraciones Públicas para proceder a su adaptación normativa dentro de los límites establecidos por el citado Real Decreto-Ley. El mandato consiste en que cada Administración Pública determinará, respecto del personal a su servicio, tanto personal funcionario como personal laboral, los complementos retributivos que en concepto de mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social corresponda en las situaciones de incapacidad temporal.

En todo caso, en virtud de la previsión del art. 9 de esta norma, cuando se trate de una incapacidad temporal por contingencias comunes, durante los tres primeros días, el complemento retributivo que con carácter de mejora voluntaria se pueda establecer no podrá superar el cincuenta por ciento de las retribuciones. Asimismo, desde el cuarto día de la situación de incapacidad temporal por contingencias comunes y hasta el vigésimo, ambos inclusive, el complemento retributivo que con carácter de mejora voluntaria se pueda establecer no podrá superar el setenta y cinco por ciento de las retribuciones.

En cuanto a los supuestos previstos derivados de enfermedad común que nos ocupan, y si bien no se hace referencia alguna en la norma estatal al tipo de enfermedad, el artículo 9 en su apartado 5, señala que “Cada Administración Pública podrá determinar, respecto a su personal, los supuestos en que con carácter excepcional y debidamente justificados se pueda establecer un complemento hasta alcanzar, como máximo, el cien por cien de las retribuciones que vieran disfrutando en cada momento. A estos efectos, se considerarán en todo caso debidamente justificados los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica.”

<sup>48</sup> SSTS 6 de Noviembre 2012 (REC.3940/2011) 7 de diciembre 2011 (RCUD 219/2011), 5 octubre 2010 (RC 243/2009).

Hasta la fecha, si bien en algunas Comunidades Autónomas no se ha establecido ningún tipo de mejora al respecto, cabe señalar los supuestos previstos en Andalucía y Aragón, que introducen el complemento del 100% a percibir por los empleados públicos en el supuesto de cáncer.

Para la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto-LEY 1/2012, de 19 de junio, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 122 de 22 de junio 2012), en su artículo 14 reconoce un complemento por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, maternidad, paternidad, adopción y acogimiento, del siguiente tenor literal: “1.ª Se abonará el 100 por cien del complemento por incapacidad temporal en los supuestos en los que la incapacidad temporal se origine por contingencias profesionales, y por contingencias comunes que generen hospitalización con estancia hospitalaria o intervención quirúrgica. Asimismo, se percibirá el 100 por cien de este complemento en el caso de enfermedad grave dentro de los supuestos que establece el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.”

De un modo similar, en la Comunidad Autónoma de Aragón, a través de una Ley una Instrucción regula la cuestión. La Ley 7/2012, de 4 de octubre, de Medidas extraordinarias en el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para garantizar la estabilidad presupuestaria (BOE 26 de octubre 2012), en su artículo 9 establece que: “La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón determinará respecto a su personal los supuestos en que con carácter excepcional y debidamente justificado el complemento pueda alcanzar durante todo el periodo de duración de la incapacidad el cien por cien de las retribuciones que vinieran disfrutando en cada momento. A estos efectos, se considerarán en todo caso debidamente justificados los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica.”

Esta ley autonómica no llega todavía a concretar, cuestión que se realiza a través de la Instrucción de 10 de octubre de 2012, de la Dirección General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, por la que se aprueban criterios de gestión sobre medidas en materia de complementos de incapacidad tem-

poral (BOA 11 octubre 2012), que en su apartado Cuarto, con la rúbrica de “*Supuestos excepcionales*”, reconoce que “1. Se abonará un complemento hasta alcanzar el cien por cien de las retribuciones desde la fecha de inicio de la situación de incapacidad temporal por contingencias profesionales y por las contingencias comunes que generen: Hospitalización. Intervención quirúrgica. Enfermedad grave. 2. A los efectos de esta Instrucción se entenderán por enfermedad grave las incluidas en el Anexo I Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y aquellas que así determine el facultativo médico responsable. Con objeto de incorporar otras patologías que, siendo inhabilitantes para el trabajo, revistan una especial gravedad, se constituirá al efecto una ponencia técnica, compuesta por representantes de la Administración, las organizaciones sindicales y facultativos médicos especializados.”

Del mismo modo que el previsto para Andalucía y dado que sólo existe una norma que realice una enumeración de enfermedades graves, se remite en su previsión al Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (BOE 30 de julio de 2011), que en su Anexo I lleva a cabo una enumeración de las denominadas “enfermedades graves”, y por lo que respecta a oncología, la cuestión se regula en su apartado I, incluyendo el siguiente listado en atención a las posibles patologías:

1. Leucemia linfoblástica aguda,
2. Leucemia aguda no linfoblástica,
3. Linfoma no Hodgkin,
4. Enfermedad de Hodgkin,
5. Tumores del Sistema Nervioso Central,
6. Retinoblastomas,
7. Tumores renales,
8. Tumores hepáticos,
9. Tumores óseos,
10. Sarcomas de tejidos blandos,
11. Tumores de células germinales,
12. Otras neoplasias graves.

### **3. La prestación de cuidado de menores afectados por cáncer.**

La prestación de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y la consiguiente

reducción de jornada para llevar a cabo tal cuidado, se encuentra regulada en el artículo 37.5 ET, desarrollada en el RD 1148/2011, de 29 de julio y en el ámbito de Seguridad Social en la LGSS, arts.38.1.c, 135 quáter, 180.3 y Disposición Adicional 8ª.4.

Esta prestación no afecta directamente a los trabajadores enfermos oncológicos, si bien resulta interesante realizar un análisis de la misma con la finalidad esencial de contemplar la incorporación expresa de esta enfermedad al ordenamiento jurídico laboral y de Seguridad Social.<sup>49</sup>

La necesidad de regular las ausencias al trabajo por motivos de fuerza mayor, relacionados con accidentes o enfermedades de familiares, ya se preveía en el Acuerdo marco (revisado) sobre permiso parental de 18 junio 2009 (celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES) y, finalmente, aplicado por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010. En su artículo 7 el Acuerdo Marco establece que “los Estados miembros o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo, conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, por motivos de fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador... los Estados miembros o los interlocutores sociales podrán precisar las condiciones de acceso y las modalidades de aplicación de la cláusula 7.1 y limitar dicho derecho a una duración determinada por año o por caso”.

El sujeto titular de este permiso será el progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, que tiene derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario.

La reducción de jornada, ha de ser, al menos, de la mitad de la duración de aquélla, y se establece que se entiende referida a una jornada de una persona trabajadora a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar, y se computa sin tener en cuenta

otras reducciones de jornada que, en su caso, disfruten las personas trabajadoras por razones de guarda legal de menores o de cuidado de familiares, o por cualquier otra causa. En este supuesto, a diferencia de la reducción de jornada prevista con carácter general en el art. 37-5 para el cuidado de hijos que establece un mínimo de un octavo y un máximo de la mitad de la jornada, la reducción de jornada se entiende por el legislador que tendrá que ser significativa en atención a la situación que la origina. Es por ello que se fija mínimo legal de la mitad de la jornada, aunque no se establece ningún máximo. Como ha señalado la doctrina<sup>50</sup>, la reducción de jornada nunca podrá superar el máximo del 99,99% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, debiendo mantenerse por tanto un mínimo de actividad en cuanto que jurídicamente no se trata de una causa de suspensión ni de excedencia, por lo que un mínimo de actividad laboral siempre tiene que existir.

El hecho de no fijar un límite máximo en aras a dotas de mayor flexibilidad a la figura obligó al INSS a rectificar su posición inicial, en la que sostenía que, “al no tratarse de una suspensión de la relación laboral, parecía razonable situar dicho límite máximo en el 75 por 100”.<sup>51</sup>

Cuestión fundamental es la concreción horaria y la determinación del período de disfrute: Al respecto resulta aplicable el apartado 6 del art. 37 que no diferencia entre los diversos supuestos de reducción por cuidado de hijos reconocidos en el apartado 5 y que establece que “... corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria.”, lo que a mi juicio nada impide que el trabajador opte por concreciones distintas en función de las necesidades que requiera el menor a lo largo del proceso de enfermedad, en cuanto que puede alcanzar tanto ingreso hospitalario como tratamiento domiciliario y tratamientos médicos de diversa entidad. La reforma laboral introducida por la Ley 3/2012 ha modificado este apartado introduciendo la previsión de que “No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada”, aplicable también al supuesto de reducción de jornada por cuidado de hijos afectados por cáncer.

49 La disposición final 21ª de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, introdujo con efectos de 1 de enero de ese año la nueva prestación de la Seguridad Social. La concreción del listado de enfermedades consideradas graves a efectos del reconocimiento de la prestación se delegó a nivel reglamentario: a través del RD 1148/2011, de 29 de julio, que desarrolla el régimen jurídico de la prestación, entrando en vigor el 1 de agosto de 2011, con efectos retroactivos al 1 de enero.

50 MELLA MÉNDEZ, L. “El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: análisis crítico de la regulación laboral y de seguridad social”. *Relaciones Laborales*, Nº 1, pág. 8, Enero 2013, Año 29, tomo 1, Editorial LA LEY.

51 Cfr. Instrucciones provisionales para el trámite y reconocimiento de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer, de 17 marzo 2011, del entonces Director General del INSS (Panizo Robles).

A ello hay que añadir que exclusivamente para esta reducción, en cuanto que se recoge en el tercer párrafo del art. 37-5 se reconoce que “Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.” La previsión, aunque demuestra una voluntad favorable a la acumulación, remite al convenio colectivo y por tanto de no regularse la cuestión a nivel de negociación colectiva, quedaría en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes. En cuanto que al trabajador le puede interesar la acumulación en días completos y en unas épocas concretas, derivadas de los tratamientos médicos, consultas oncológicas o bien hospitalizaciones, el legislador debería haber reconocido expresamente la posibilidad de acumulación en jornadas completas. En el supuesto de que opte el trabajador por jornadas completas, la referencia al disfrute dentro de su “jornada ordinaria” debe entenderse matizada y entenderla por tanto como jornada en cómputo anual. Tras la reforma laboral del 2012 se mantiene en su redacción anterior el supuesto que nos ocupa, cuestión que lo aleja una vez más de la reducción de hijos con carácter general puesto que se incorpora por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la referencia a “jornada diaria”, quedando imposibilitado el trabajador para llevar a cabo dicha acumulación en su reducción.

En el supuesto de disconformidad en la materia, el artículo 37-5 ET establece con carácter general que “Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.”

Un análisis de los convenios colectivos vigentes nos lleva a la conclusión de que esta invitación a la negociación colectiva no se ha recogido con carácter general por los negociadores, siendo excepcional el tratamiento de la medida en tal ámbito normativo. En algún supuesto, los convenios colectivos optan meramente por recordar la figura remitiéndose a la legislación vigente<sup>52</sup>, si bien en algún supuesto que

52 Por ejemplo, el IX CC nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (BOE 26 de mayo 2011), que en su Disposición adicional cuarta, con la rúbrica de “Cuidado de menores afectados con cáncer o enfermedad grave” establece que “Los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, para el cuidado de menor o menores

podríamos calificar como excepcional en el panorama general que nos ocupa, se ha negociado la posibilidad de acumulación.<sup>53</sup>

El menor debe estar afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave. El cáncer o enfermedad grave debe implicar un ingreso hospitalario de larga duración; si bien se considera asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave. También es aplicable a la recaída, sin que sea necesario que exista nuevo ingreso hospitalario, si bien debe acreditarse mediante una nueva declaración médica. La acreditación de la enfermedad y de la necesidad de cuidado, se realiza mediante declaración cumplimentada por el facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, incluso en aquellos casos en que la atención y diagnóstico del cáncer o enfermedad se lleve a cabo por servicios médicos privados, siendo en estos casos también necesario que se cumplimente por el médico del centro responsable de la atención del menor. La referencia inicial al cáncer sugiere que esta enfermedad es la que realmente justifica el supuesto<sup>54</sup> y que se ex-

---

que estén a su cargo y se encuentren afectados por el cáncer o enfermedad grave, que requiera ingreso hospitalario de larga duración y/o tratamiento continuado de la enfermedad, tendrán derecho a la reducción de su jornada, con reducción proporcional de haberes, conforme a lo establecido en la legislación vigente..

53 Ejemplo de ello es el CC para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines (BOE 15 diciembre 2011), que en su artículo 37, tras recoger la previsión legal “Tendrán derecho a una reducción de jornada de al menos el 50% de su duración con disminución proporcional de su salario los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente en aquellos casos en que ambos trabajen, para el cuidado de menor/es que estén a su cargo y se encuentren afectados por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, acreditado por el Servicio Público de Salud u otro Órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente”, reconoce expresamente que “Este derecho podrá ser acumulado en jornadas completas, si así lo decidiera la persona cuidadora al inicio del disfrute de la reducción de jornada.” No obstante a mi juicio y puesto que los convenios colectivos llegan a contemplar la posibilidad de acumulación, debería quedar abierta la posibilidad de fijar a lo largo del proceso patológico diversas concreciones de jornadas en función de las necesidades del menor enfermo.”

54 Como ha señalado la doctrina, PAREDES RODRÍGUEZ, J.M. “Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.” BIB 2011\258, pág. 9, *Aranzadi Doctrinal* num. 1/2011 (Estudio). Ed. Aranzadi. El cáncer infantil constituye el paradigma de las

tiende a otras enfermedades graves, contempladas por vía reglamentaria en el anexo del Real Decreto citado, que como se ha puesto de manifiesto en las páginas precedentes, su ámbito de aplicación va más allá de la reducción de jornada en cuanto que se toma como referencia por el legislador estatal o autonómico en cuanto a la clasificación de las denominadas “enfermedades graves”.

Se requiere tener cubierto el mismo período de cotización exigido para la maternidad, en consecuencia, no se exige a las personas trabajadoras que tengan menos de 21 años de edad en la fecha en que inicien la reducción de jornada. En los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, o de ruptura de una unidad familiar basada en una análoga relación de afectividad a la conyugal, se reconoce a favor de la persona determinada de común acuerdo. A falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, se atribuye la condición de persona beneficiaria a quien se conceda la custodia del menor y si ésta fuese compartida a la que lo solicite en primer lugar. También se puede, mediante acuerdo entre ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras y la empresa o empresas respectivas, alternarse entre ellas el percibo del subsidio por periodos no inferiores a un mes, ya que el derecho a percibirla sólo puede ser reconocido a favor de uno de ellos.

En cuanto a la duración de la prestación, el Real Decreto 1148/2011 en sus artículos 7 y 9, establecen que su nacimiento se produce a partir del mismo día en que dé comienzo la reducción de jornada, siempre que se haya solicitado en el plazo de 3 meses desde la fecha en que se produjo dicha reducción, en la dirección provincial competente de la correspondiente entidad gestora de la provincia en que aquélla tenga su domicilio, o ante la mutua que le corresponda. Transcurrido dicho plazo, los efectos se retrotraen un máximo de 3 meses. Su reconocimiento inicial, mediante resolución de la entidad gestora o mutua notificada en el plazo de 30 días, es por un mes, prorrogable por periodos de 2 meses (o por el período concreto acreditado en la declaración médica de ser inferior) y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años.

---

enfermedades graves, no solo por la repercusión en la salud del menor sino por la complejidad y duración del tratamiento. Según las estadísticas elaboradas por el Registro Nacional de Tumores Infantiles (RNTI) cada año son diagnosticados en España entre 1000 y 1200 cánceres infantiles. La cifra puede parecer baja pero hay que tener en cuenta que desde 1980 hasta marzo de 2009 los distintos centros hospitalarios con unidades de oncología infantil notificaron al RNTI un total de 21.889 tumores en menores de diecinueve años.

Por lo que respecta a la cuantía, el RD 1148/2011 en sus artículos 6 y 8 establece que la prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo. Su pago se realiza por periodos mensuales vencidos, deduciéndose la aportación del trabajador a la Seguridad Social y el IRPF, estando el empresario obligado a ingresar únicamente las aportaciones a su cargo a la cotización a la Seguridad Social. Se efectúa directamente al beneficiario por la entidad gestora o a la mutua con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales en la fecha de inicio de los efectos económicos de la prestación, hasta la fecha del vencimiento del documento de asociación. Las cotizaciones realizadas durante estos periodos de la reducción de jornada, se computan incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal.

### **III. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO LABORAL DE LOS TRABAJADORES ENFERMOS ONCOLÓGICOS**

El derecho a la intimidad, en íntima conexión con la protección de datos en el ámbito laboral será la última cuestión que abordaremos en el presente estudio.

El cáncer es una enfermedad que por su gravedad y secuelas, se podría considerar una de las más estigmatizadas. Esta afirmación requiere que por sus especiales características analicemos los derechos que amparan al trabajador enfermo oncológico desde la perspectiva del derecho a la intimidad y la protección de datos, y ello porque en ocasiones el trabajador o candidato a trabajador de la empresa puede que no tenga interés en que la empresa conozca en sus antecedentes médicos el haber sido víctima de la misma o que se limite la información a extraer de los reconocimientos médicos, o bien que los resultados de estos no lleguen al conocimiento del empresario. Resulta preciso abordar la cuestión en primer lugar desde una perspectiva centrada en las normas laborales y la doctrina del derecho a la intimidad sentada por el

Tribunal Constitucional. En segundo lugar analizaremos la protección del trabajador diagnosticado o que ha superado la enfermedad de cáncer desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal y los procedimientos sancionadores llevados a cabo por la Agencia Estatal de Protección de datos.

### 1. Vigilancia de la salud, reconocimientos médicos y consentimiento.

El núcleo de la regulación legal lo encontramos en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), cuyo art. 22-1 establece que “1. El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo.

Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

En todo caso se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo.”

Podemos sintetizar lo que ha sentado como notas características y principios en materia de vigilancia de la salud sentados por el Tribunal Constitucional en los siguientes<sup>55</sup>: “la determinación de una vigilancia periódica –y como regla general consentida– del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes a su actividad laboral; la voluntariedad del sometimiento a los reconocimientos médicos; la existencia de situaciones tasadas en las que resulta imprescindible la realización de las exploraciones

médicas, limitándose así, excepcionalmente en esos casos, la libre determinación del sujeto; el principio de la indispensabilidad de las pruebas y de su proporcionalidad al riesgo; el necesario respeto del derecho a la intimidad, a la dignidad de la persona y a la confidencialidad de la información relacionada con su estado de salud; el derecho del trabajador a conocer los resultados; la prohibición de utilización de los datos relativos a la vigilancia de la salud con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador; la prohibición de comunicación de la información resultante, salvo que exista consentimiento expreso del trabajador, y la posibilidad de transmitir al empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención únicamente las conclusiones que se deriven de las exploraciones, y con el exclusivo objeto de que puedan desarrollar sus funciones en materia preventiva.”

#### 1.1. La determinación del carácter obligatorio o voluntario de los reconocimientos médicos.

La clave del problema la encontramos en el art. 22-1, párrafo segundo LPRL transcrito, interpretado conforme a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, Sentencia 196/2004, que concluye que los reconocimientos médicos obligatorios únicamente están habilitados por la Ley cuando concurren una serie de notas:

- 1º- “la proporcionalidad al riesgo (por inexistencia de opciones alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos incididos)”.
- 2º- “la indispensabilidad de las pruebas (por acreditarse *ad casum* la necesidad objetiva de su realización en atención al riesgo que se procura prevenir, así como los motivos que llevan al empresario a realizar la exploración médica a un trabajador singularmente considerado)”.
- 3º- “y la presencia de un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable (descrita en los supuestos del segundo párrafo del art. 22.1), notas que justificarían en su conjunto la desfiguración de la regla ordinaria de libertad de decisión del trabajador.”

Por el contrario la obligatoriedad no puede imponerse si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, porque tiene plena libertad para decidir acerca de la vigilancia de su salud sometándose o no a los reconocimientos en atención a las circuns-

<sup>55</sup> STC 196/2004 de 15 de noviembre de 2004 (Recurso de amparo 1322-2000): Se resolvió la vulneración del derecho a la intimidad personal en el supuesto de despido por falta de aptitud, deducida de un reconocimiento médico de empresa que detectó el uso de drogas, fuera del examen de riesgos laborales y del consentimiento de la trabajadora que no fue informada.



tancias y valoraciones que estime pertinentes, y por tanto asumiendo los riesgos que pueda sufrir.

El Tribunal Supremo por su parte, en STS 28 diciembre 2006 –Rec. 140/2005–, concluye que en tres supuestos los reconocimientos dejan de ser voluntarios para el trabajador, según el artículo 22.1 LPRL, considerando su carácter como “imprescindible”:

- 1) para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores.
- 2) para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro, tanto para sí mismo como para otras personas.
- 3) cuando así esté establecido en una disposición legal con referencia a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

El Tribunal Supremo lleva a cabo una interpretación extensiva de la excepción que va más allá de las limitaciones impuestas por el Tribunal Constitucional y criticable a mi juicio en cuanto que en el análisis de los derechos fundamentales debe primer siempre una interpretación restrictiva. Llega a afirmar que “...se trata de tres excepciones concebidas de forma tan amplia, que en la práctica anulan realmente el requisito general de que el trabajador preste su consentimiento, de modo que la excepción se convierte en norma general... siempre que se respete la dignidad y la confidencialidad de la salud y tengan por objeto vigilar el estado de salud de los trabajadores “en función de los riesgos inherentes al trabajo”, de manera que solamente el exceso objetivo en el examen de salud de los trabajadores por no concurrir las circunstancias descritas, podría constituir, salvo expreso consentimiento individual del trabajador afectado, una intromisión ilegítima.”

Analizaremos a continuación el supuesto de excepción del carácter voluntario de los reconocimientos médicos justificada en la protección del trabajador:

El art. 25-1 LPRL con la rúbrica de “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, establece que: “El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin,

deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.

Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.”

Se contempla por el legislador una segunda justificación en el art. 25.1, párrafo segundo LPRL, motivada porque el propio trabajador o su entorno laboral, esto es, “...los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa...”, como sería el caso de los clientes de la misma o usuarios del servicio, puedan ponerse en situación de peligro.<sup>56</sup> En este segundo supuesto, se requiere igual que en anterior que de forma objetiva se justifique el reconocimiento por una determinada enfermedad o alteración de la salud existente y que además y objetivamente, sea susceptible de repercutir en la seguridad del propio trabajador o de terceros.

Esta disposición se completa con el art. 196, apartados 1 y 3, de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), que impone a las empresas que pretendan cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales practicar un reconocimiento previo a la contratación de los trabajadores que hayan de ocuparlos y no podrán contratar a quienes en el reconocimiento médico obligatorio no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de que se trate, ni tampoco permitir la continuidad en sus puestos a los que no mantengan la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos.

Como ha argumentado el Tribunal Constitucional en Sentencia 196/2004 de 15 de noviembre de 2004 -Recurso de amparo 1322-2000–, “...ambas previsiones están inspiradas en la existencia de un riesgo en la salud por las características personales, anatómicas o biológicas del sujeto o por razones objetivas del puesto de trabajo, de manera que

---

<sup>56</sup> STSJ de Asturias de 9 de noviembre de 2007, Rec. 2651/2007, establece que el trabajador puede negarse a someterse a un reconocimiento tras el alta de un proceso de IT si la empresa no justifica que es imprescindible para la vigilancia de la salud.

la potencial afectación en la intimidad personal del trabajador ... sólo podrá encontrar fundamento en la evaluación o identificación de tales patologías o condiciones de salud contraindicadas para el trabajo. Todo lo cual nos lleva a advertir de la necesidad de factores objetivos o indicios racionales de afectación que conecten el caso concreto con dichas previsiones legales, haciendo posible ese tipo de reconocimientos obligatorios, así como a excluir las imposiciones indiscriminadas de un control médico tendente a la evaluación psicofísica de los trabajadores con base en dichos preceptos.”

En consecuencia cabría concluir, que el reconocimiento sólo podrá abarcar aquellos parámetros que objetivamente puedan ser representativos de un factor de riesgo y de no concurrir ninguna de las circunstancias de conformidad con el examen de proporcionalidad, la medida de reconocimiento médico deberá reputarse de voluntaria; y, como tal, sujeta al consentimiento del trabajador.

Para completar la exigencia de reconocimiento médico debemos señalar que en otros supuestos vienen requeridos por una disposición legal expresamente, ya sea de carácter internacional como el Convenio de la OIT 139/1974 sobre cáncer profesional o comunitario, la Directiva Comunitaria 2004/37/CE, de 29 de abril, relativa a los riesgos en la exposición a agentes cancerígenos y mutágenos. También pueden ser de carácter interno: tal es el caso del Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo, modificado por Real Decreto 349/2003, de 21 de marzo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo, y por el que se amplía su ámbito de aplicación a los agentes mutágenos; o bien pueden tener un carácter específico para algunos riesgos, como el Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto.

### *1.2. Características del consentimiento que debe otorgarse por el trabajador.*

Ha interpretado el Tribunal Constitucional (STC 196/2004), que puesto que la LPRL y la Constitución no imponen como requisito del consentimiento la forma escrita, bastará, en principio desde la perspectiva constitucional, que se pueda verificar la voluntad

real de someterse a la prueba médica, lo que en absoluto excluye la eficacia del consentimiento verbal o incluso la de la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad. El hecho de entrega de las muestras requeridas, no es suficiente para considerar válido el consentimiento, ni para concluir que se respetaron los términos para los que fue otorgado.

En cuanto al contenido y alcance del consentimiento, el núcleo del problema radica en la información que debe proporcionarse al trabajador y que “requiere que el trabajador sea expresamente informado de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad. Esa exigencia significa que el trabajador debe recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento, sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal, esto es... en relación con todas las actuaciones que por las partes del cuerpo sobre las que se opera o por los instrumentos mediante los que se realizan incidan en el pudor o el recato corporal de la persona, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad”<sup>57</sup>, añadiendo a modo de conclusión que “...no habrá vulneración del art. 18.1 CE si el trabajador puede tener acceso, de solicitarlo, al conocimiento del contenido y alcance de la detección, tipo de pruebas que le vayan a ser practicadas y sus efectos, sus contraindicaciones y riesgos probables en condiciones normales, así como de las posibles eventualidades y contingencias que en su salud pudieran derivarse de no realizar el reconocimiento médico.”

Partiendo de la oposición a un posible ataque a la denominada “intimidad corporal del trabajador” nunca podría afectar a su “intimidad personal” porque el resultado de las pruebas no puede tener entre sus finalidades que se concluyeran cuestiones distintas y que tuvieran por objeto “...datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad (como ocurre con el consumo habitual de drogas: STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3)” a lo que podríamos añadir que tuvieran por objeto revelar cuestiones del historial patológico del trabajador que no entran en las excepciones previstas en la LPRL y que en nada afectarían por tanto al trabajo a desempeñar.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 120/1990, de 27 de junio, FJ 12; 137/1990, de 19 de julio, FJ 10; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 156/2001, 2 de julio, FJ 4; 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 4.

<sup>58</sup> MARTÍNEZ FONS, DANIEL, «La vigilancia de la salud en la doctrina del Tribunal Constitucional. El principio de voluntariedad y la interpretación de sus excepciones», *Aranzadi*

### 1.3. Los límites de los convenios colectivos en materia de reconocimientos.

Partiendo a mi juicio de que los convenios colectivos no pueden establecer la obligatoriedad de reconocimientos médicos más allá de los supuestos previstos en las leyes<sup>59</sup>, en cuanto que tales disposiciones serían nulas por vulnerar la intimidad del trabajador y de conformidad con la interpretación restrictiva que corresponde cuando se trata de excepciones en materia de Derechos Fundamentales. Por el contrario, el Tribunal Supremo ha fallado a favor de la legalidad de este tipo de cláusulas siempre que "...la medida no se acuerde fraudulentamente -a lo que, en principio es contrario, una medida asumida por los representantes de los trabajadores a nivel de convenio colectivo"- STS 28 diciembre 2006 –Rec. 140/2005-.

La experiencia negocial nos muestra que algunos convenios colectivos establecen con carácter general el carácter obligatorio de reconocimientos médicos para los trabajadores, superando las limitaciones legales.<sup>60</sup> Por el contrario, en otros casos se regulan los reconocimientos médicos respetando escrupulosamente las previsiones legales: Así ocurre con Convenios Colectivos que establecen la voluntariedad de algún tipo de reconocimientos médicos<sup>61</sup>, o bien se-

---

*Social*, pag.. 72. Ed Aranzadi, 2005.

59 BERNARDO JIMENEZ, I., «Vigilancia de la salud de los trabajadores: los reconocimientos médicos», *Aranzadi Social*, núm. 20, 2002; MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L., *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva*, Ed. Aranzadi, 2004, pág. 85 y MORENO SOLANA, A., «La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles», Ed. Tirant lo Blanch 2010, pág. 67) y ello aunque algunos autores en base al argumento de la labor de complementariedad de los convenios colectivos especificando y concretando los supuestos de obligatoriedad de los reconocimientos médicos: Vid. En tal sentido, LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales*, Ed. Bosch 2010, pág. 120; FERNANDEZ VILLAZON, L.A., «Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador. Comentario al art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 82, 1997, pág. 235.

60 Tal es el caso del CC de la Asociación Aldeas Infantiles SOS de España (BOE 19 febrero 2009), que en su art. 38 establece que "El/la trabajador/a tiene derecho y, a la vez, obligación de someterse a las revisiones médicas anuales que se llevarán a cabo por los servicios técnicos de los organismos públicos competentes o de la mutua que tenga relación contractual con Aldeas Infantiles SOS, tanto previas al ingreso al puesto de trabajo como las periódicas que sean aconsejadas o propuestas, tanto por la Asociación como por los organismos oficiales competentes..."

61 CC Agfa Healthcare Spain, SAU (BOE 26 junio 2012), establece en su artículo 44 que "Durante la vigencia del Convenio continuarán para el personal que trabaja con pantallas

ñalan precisiones que concretan los principios de los reconocimientos médicos, respetando el artículo 22 LPRL<sup>62</sup>. En esta línea nos encontramos con empresas que en su Convenio Colectivo y en atención a las especiales características o riesgos que se derivan para algunos grupos profesionales regulan correctamente el desarrollo de los reconocimientos médicos.<sup>63</sup>

---

de forma habitual, las revisiones médicas voluntarias en el ámbito oftalmológico..."

62 Tal es el caso del IV CC Exide Technologies España, SA. (BOE 27 abril 2011), que en su artículo 40 "Vigilancia de la salud", establece que "... La vigilancia de la salud de los trabajadores por medio de reconocimientos médicos, estará sometida a los siguientes principios: ... 2. Se hará asimismo a todos los trabajadores subcontratados que realicen su trabajo dentro de naves de fabricación donde existan riesgos higiénicos específicos de control biológico obligatorio, y a todos aquellos que, por naturaleza de su trabajo, puedan realizar visitas o tener estancias prolongadas dentro de estas instalaciones; también cuando por parte del servicio de prevención se considere imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo o verificar el estado de salud de un trabajador cuando pueda entrañar riesgo para él mismo, para los demás trabajadores, para otras personas relacionadas con la empresa, o cuando venga establecido por disposición legal; 3. Será de carácter voluntario, debiendo prestar el trabajador su consentimiento, en los puestos de trabajo que se realizan fuera de naves de fabricación con riesgos higiénicos, o para el personal que rara vez realiza visitas o estancias en estos recintos, cuando el servicio de prevención así lo apruebe; 4. Se llevará a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad, la dignidad del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud, con independencia de los programas de detección y control de mejoras de niveles biológicos impulsados desde el servicio de prevención. Los datos relativos a la vigilancia de la salud serán puestos en conocimiento del trabajador con el objetivo de velar por su salud; 5. Tendrá en cuenta las características del puesto de trabajo o función desempeñada, la permanencia en el mismo, así como los riesgos, materias primas, aditivos y otros elementos que el trabajador en cuestión manipule"

63 V CC de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (BOE 16 enero 2010), que en su artículo 110 bajo la rúbrica de "Medicina del trabajo", establece que: "... 2. La empresa garantizará reconocimientos médicos específicos, en función de los riesgos de cada puesto de trabajo, gratuitos anuales a todo el personal. Dichos reconocimientos se regulan por medio de los Protocolos de vigilancia de la salud del M.G.P.R.L.;...5. En aquellos grupos laborales que por sus características o riesgos a los que están expuestos, impliquen peligro para la vida o integridad física o psíquica propia o de terceros, requiriéndose, por tanto, unas condiciones físicas especiales, los reconocimientos médicos específicos acordados en el seno del C.E.S.S., serán obligatorios en cumplimiento del art. 196 del R.D.L. 1/1994 (Ley General de la Seguridad Social); 6. Para acceder a los grupos laborales a que se hace referencia en el párrafo anterior será necesario ser declarado apto en el reconocimiento médico obligatorio que, con carácter previo, se haya realizado..."

*1.4. Los reconocimientos médicos en los procesos de selección.*

El trabajador no debe ser discriminado por su historial médico pasado y aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto a la práctica de reconocimientos médicos, corresponde a la empresa objetivamente demostrar los requerimientos que justificarían proceder a los mismos en un proceso de selección.

Ello se ha interpretado con otra perspectiva por el Tribunal Supremo, que ha conocido de la cuestión -STS de 28 de diciembre de 2006 (Rec. 140/2005)-, a través de una demanda de impugnación de convenio<sup>64</sup>, y en su fallo declara la legalidad de los mismos, argumentando que, "...de una parte, el derecho a la intimidad resulta plenamente aplicable en el ámbito del contrato de trabajo, según recoge el artículo 4.2.e) ET, y de otra que al empresario le está vedada una intromisión en la esfera privada del individuo. Sin embargo, debe recordarse que las obligaciones tendentes a proporcionar una protección eficaz en materia de salud, constituyen, en el ámbito laboral, la plasmación del derecho constitucional de todo ciudadano a la propia vida y a la integridad física (art. 15 CE y art. 4.2 .d) ET)."

No obstante, lejos de esta interpretación extensiva del Tribunal Supremo no podemos olvidar la intervención del Tribunal Constitucional en su STC 196/2004, consecuente con la finalidad de los reconocimientos analizada, ya que lo contrario supondría un grave elemento de discriminación en atención a patologías de gravedad como es el caso del cáncer, que han podido sufrir los trabajadores con anterioridad a esa contratación que se pretende y que podría llegar a convertirse en un claro elemento estigmatizador que dificultara ulteriores contrataciones. Se argumenta al respecto que "El reconocimiento médico en la relación laboral no es, en definitiva, un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar. Su eje, por el contrario, descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud. Un derecho que sólo puede venir restringido por las excepciones enunciadas, con los requisitos y límites mencionados".

<sup>64</sup> La sentencia impugnada considera compatible con este derecho el examen médico obligatorio que exige el apartado a) párrafo quinto, de los Anexos III de los Acuerdos de 27 de febrero de 2004, con carácter previo a la contratación del personal laboral de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos.

*1.5. La obligación del trabajador de comunicar datos sobre su salud en el momento de la contratación.*

La legislación laboral no recoge expresamente este deber, aunque en principio resulta reconducible al deber de buena fe contractual del art. 20-2 ET: "... el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe", de lo que podríamos deducir que en el momento de la contratación, el trabajador tiene el deber de facilitar los datos sobre su salud de manera leal y verdadera, así como de colaborar en su obtención<sup>65</sup>. Sentada esta premisa inicial debemos preguntarnos hasta qué punto y con qué límites el trabajador debe poner en conocimiento del empresario su historial médico.

Analizando el tema desde la perspectiva del art. 25-1 LPRL que establece los límites a la contratación motivados por las características personales, estado biológico o por discapacidad y que conlleva que el propio trabajador, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentre manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, podemos concluir que sólo abarcaría la información a facilitar por el trabajador a tales condicionantes, ya que lo contrario sería atentatorio del respeto a los derechos fundamentales, concretamente del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la intimidad.<sup>66</sup>

En este punto la doctrina del Tribunal Constitucional -STC 62/2008, de 26 de mayo de 2008- determina la improcedencia del despido con independencia de que el trabajador no informara de su historial médico anterior aunque podía afectar a los requerimientos físicos para el desarrollo del trabajo en la empresa que le contrata. El motivo del despido alegado por la empresa es la ocultación por el trabajador de una lesión previa en las vértebras cervicales que había dado lugar a continuas bajas en contratos ante-

<sup>65</sup> El empresario puede subordinar, la contratación de un trabajador a un previo examen sanitario que demuestre su aptitud para el trabajo, e incluso tiene la obligación de hacerlo en algunos casos, pero si el empresario no dispone que se lleven a cabo estos reconocimientos médicos por servicios y personal autorizados, no puede exigir del trabajador que le proporcione informaciones sobre su estado de salud que no podría obtener ni siquiera de esos servicios sanitarios (STSJ de Valladolid de 21 de marzo de 2005).

<sup>66</sup> TOSCANI GIMÉNEZ, D. "Cómo y cuándo se le puede realizar un reconocimiento médico a los trabajadores y qué consecuencias tiene el no superarlo" *Relaciones Laborales*, N° 3, Quincena del 1 al 15 Feb. 2012, Año 28, tomo 1, pág. 9. Editorial LA LEY.

riores con otras empresas y que, a juicio de la empresa, le impedían de hecho trabajar en la construcción, aunque el INSS le había declarado no estar afecto de grado alguno de incapacidad permanente. Para la empresa esa ocultación suponía un incumplimiento contractual por trasgresión de la buena fe, y de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla. Por el contrario, el Alto Tribunal interpreta que tratándose de la primera baja del trabajador y puesto que el despido se produjo a los diez días, «el motivo real del cese fueron las bajas médicas del empleado previas a la contratación y su ocultación a la empresa, que hacían que su prestación de trabajo no fuera rentable para la misma».

## 2. La protección de datos de salud del trabajador.

El análisis parte del art. 22-2 LPRL en cuanto que “Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud”, desarrollado en el art. 22-4 LPRL al establecer que: “Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.

El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador.

No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva.”

Como regla general, el tratamiento de datos personales en materia de salud del trabajador se encuentra legitimado por la existencia de un relación contractual cuyo cumplimiento, desarrollo y control, lo hace necesario (art. 6.2, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en adelante LOPD), si bien debemos acotar sus límites en el ámbito de la vigilancia de la salud.

Se requiere por tanto una interpretación conjunta con la LOPD, que establece en su artículo 7-3 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 disponga una ley o el afectado consienta expresamente”, estableciendo a modo de excepción su apartado 6 que no obstante, podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal relativos a la salud, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto<sup>67</sup>. Dada la complejidad que conlleva el adoptar medidas de seguridad de nivel alto, el Reglamento de desarrollo de LOPD establece previsiones con la finalidad de evitar problemas de gestión.<sup>68</sup>

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos<sup>69</sup> y corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con sus datos personales.<sup>70</sup>

67 “...la posibilidad de admitir un consentimiento expreso que no conste por escrito para el tratamiento de los datos de salud, se encuentra condicionada a que pueda acreditarse que es una manifestación de voluntad libre, inequívoca y específica, que se presta una vez que se ha tenido conocimiento de una concreta información entre la que, necesariamente, ha de constar la finalidad determinada, explícita y legítima del tratamiento que se va a realizar sobre los datos personales del afectado.” (PS/00029/2004 PS/00525/2007).

68 Art. 81-8 RDLOPD... cuando en un sistema de información existan ficheros o tratamientos que en función de su finalidad o uso concreto, o de la naturaleza de los datos que contengan, requieran la aplicación de un nivel de medidas de seguridad diferente al del sistema principal, podrán segregarse de este último, siendo de aplicación en cada caso el nivel de medidas de seguridad correspondiente y siempre que puedan delimitarse los datos afectados y los usuarios con acceso a los mismos, y que esto se haga constar en el documento de seguridad.»

69 Este derecho, “...consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...).” STC 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 7)

70 En este sentido la Audiencia Nacional, en sentencia 31

La cuestión de protección de datos del trabajador enfermo oncológico aun se hace más compleja en cuanto que la legislación contempla servicios de prevención propios y ajenos<sup>71</sup>. Cuando se trata de un servicio propio la empresa será responsable del fichero que se genere para la gestión de la prevención y cuando se trate de servicios de prevención ajenos, éstos tienen la consideración de responsables del tratamiento.<sup>72</sup> Si el prestador externo realiza servicios de vigilancia en la salud deberá prever medidas que garanticen el cumplimiento de los principios de protección de datos, y en particular el deber de información, el principio de finalidad y la garantía del consentimiento en cada uno de los tratamientos, en cuanto que para este tipo de servicios el prestador externo tiene la condición de encargado del tratamiento y deben de cumplirse las previsiones del artículo 12 de la LOPD. A ello hay que sumar las exigencias previstas en 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.

El supuesto de cambio en el Servicio de Prevención de riesgos laborales y cesión de datos de salud, se ha analizado en el Informe 391/2006 AEPD: La consulta se plantea sobre el tratamiento y comunicación de datos entre entidades y sobre la responsabilidad del fichero que contiene los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores.

La comunicación de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores a la nueva entidad sería un supuesto de cesión de datos habilitado.<sup>73</sup> No obstante y pese a que en principio al estar está

---

de mayo de 2006 señalaba: “Es el responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la ley”.

71 El personal sanitario del servicio de prevención deberá conocer las enfermedades que se produzcan entre los trabajadores y las ausencias del trabajo por motivos de salud, a los solos efectos de poder identificar cualquier relación entre la causa de enfermedad o de ausencia y los riesgos para la salud que puedan presentarse en los lugares de trabajo.(art. 37-3-b) Reglamento Servicios de Prevención)

72 Informe 0299/2009 de la Agencia Estatal de Protección de Datos.

73 Art. 23.1 LOPD en relación con su artículo 30.3, derivado de la obligación de puesta a disposición del nuevo servicio, derivado a su vez, de la obligación de mantenimiento de la historia clínico-laboral prevista en el artículo 37.3 c) del Real Decreto 39/1997.

autorizado en una Ley, no necesitaría del consentimiento de los trabajadores (artículo 11.2.a) de la Ley 15/1999), en cuanto que resulta prohibida la transmisión de la información médica obtenida al amparo de la LPRL a cualquier tercero distinto del “personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores”, con la única excepción de las conclusiones derivadas de dicho seguimiento en cuanto a la aptitud de los trabajadores (artículo 22.4, párrafo tercero), aquellos datos que se encuentren incluidos en la denominada historia clínico-laboral sólo podrán ser entregados al personal sanitario o centro médico encargado de los servicios de prevención y directamente entre los servicios médicos de las empresas de prevención.

En cuanto a la cesión de datos personales, los supuestos que pueden plantear mayores dificultades, son los referentes al acceso a la información por la propia empresa y por los delegados de prevención. Las facultades de acceso a la información por parte de la empresa son muy limitadas y en la práctica se refieren a conocer las condiciones de aptitud o no aptitud del trabajador, en función de las previsiones del artículo 22-4 LPRL,<sup>74</sup> y con las excepciones incorporadas al mismo.<sup>75</sup>

Con idéntica filosofía a los delegados de prevención, la LPRL les reconoce facultades para ejercer sus funciones de información y documentación derivadas de sus competencias en los artículos 18, 23 Y 36 LPRL. Se posibilita su acceso a los datos personales sobre daños en la salud de los trabajadores cuando tengan su origen en un hecho dañoso, relacionado con el entorno laboral, sólo para la finalidad de control que les atribuye la LPRL y limitada a los datos estrictamente necesarios, entendiendo por tales los relativos a la gravedad y naturaleza de los daños. Desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal, es un cesionario y por tanto sometido a los principios de protección de datos personales y deber de confidencialidad previsto en la LOPD, siéndoles además de aplicación el deber de sigilo profesional al que se encuentra sometido la representación unitaria en la empresa del artículo 65-2 ET.

---

74 Al respecto se ha pronunciado la AGPD en el procedimiento sancionador PS/00142/2005: «El tratamiento por parte de los servicios de prevención de riesgos laborales del historial médico, consecuencia de los reconocimientos médicos realizados a los trabajadores, deberá limitarse a las previsiones del artículo 22.4 de la LPRL...».

75 Se han admitido las cesiones de datos sobre la aptitud del trabajador en el caso de que la mutua contratada para el desarrollo de las tareas de prevención ya dispusiese con anterioridad de informaciones relevantes para el desempeño del puesto de trabajo en una nueva empresa. (Sentencia de la Audiencia Nacional 24 de mayo 2007).

El alcance de las competencias de los Delegados de Prevención se ha clarificado por la AEPD en su Informe 655/2008. Se trataba de un supuesto de cesión de datos y debería existir una habilitación legal para la cesión de datos de los trabajadores afectados sin su consentimiento. La excepción se plantea para el supuesto del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el párrafo a) del apartado 1 del artículo 23 de la Ley 31/1995 que se refiere a Plan de prevención de riesgos laborales y el artículo 7 del Reglamento de los servicios de prevención de riesgos laborales aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, establece que en el Plan de Prevención deberán reflejarse, para cada puesto de trabajo cuya evaluación ponga de manifiesto la necesidad de tomar alguna medida preventiva, entre otros, los datos referentes a: a) La identificación del puesto de trabajo; b) El riesgo o riesgos existentes y la relación de trabajadores afectados.

Por su parte, el artículo 36.2.c) LPRL, establece que los Delegados de Prevención, estarán facultados para “Ser informados por el empresario sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores una vez que aquél hubiese tenido conocimiento de ellos, pudiendo presentarse, aún fuera de su jornada laboral, en el lugar de los hechos para conocer las circunstancias de los mismos”. Ello implica que, dentro del ámbito de sus funciones propias será posible acceder a los datos personales relativos a los daños causados a la salud de los trabajadores con motivo del trabajo desarrollado en la empresa.

No obstante, el apartado b) del artículo 36-2 señala como competencias de los Delegados de Prevención, “...Tener acceso, con las limitaciones previstas en el apartado 4 del artículo 22 de esta Ley, 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.” Cuando la información esté sujeta a las limitaciones reseñadas, sólo podrá ser suministrada de manera que se garantice el respeto de la confidencialidad, lo que implica que la comunicación de los datos sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores “no deberá hacerse extensiva a todo el historial médico que se derive de su asistencia por accidente o enfermedad con motivo del trabajo desarrollado en la empresa.”

Otra cuestión esencial es la referente a la transmisión de datos de carácter personal a través de redes públicas o redes inalámbricas de comunicacio-

nes electrónicas<sup>76</sup>. En cuanto que las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo se consideran datos de carácter personal relacionados con la salud y en concreto, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética (artículo 5.1.g) Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD), por lo que la transmisión de estos datos a través de redes públicas o redes inalámbricas de comunicaciones electrónicas, se realizará cifrando dichos datos o bien utilizando cualquier otro mecanismo que garantice que la información no sea inteligible ni manipulada por terceros (art. 104 del citado Real Decreto).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en Sentencia 159/2009, de 29 de junio de 2009, estimando el recurso de amparo por vulneración del derecho a la intimidad, tratándose de la comunicación de información relativa al estado de salud del demandante y su utilización en un proceso selectivo diferente y ajeno a aquel donde fue obtenida, sin información ni consentimiento del interesado, y el hecho de atribuir consecuencias jurídicas a una información que ha sido obtenida con infracción del artículo 18 CE, debe calificarse de absolutamente desproporcionado, vulnerándose el derecho a la intimidad del demandante, lo que conduce al otorgamiento del amparo. El supuesto de hecho, que merece ser destacado, es que el recurrente participó en dos procesos selectivos: uno para ingreso en la Policía autonómica, y otro para el ingreso en la policía municipal siendo excluido del primero por padecer una enfermedad prevista en el cuadro de exclusiones médicas. En cambio en el segundo proceso selectivo fue nombrado funcionario en prácticas de la policía municipal, tras superar la fase de concurso-oposición, tres exámenes médicos y el curso de formación. Poco después del nombramiento del funcionario uno de los miembros del Tribunal médico del primer proceso selectivo informó al Ayuntamiento telefónicamente de la enfermedad que padecía el opositor y que le había excluido del proceso para la Policía autonómica. Basándose en dicha información, el Ayuntamiento acordó el cese del demandante como funcionario en prácticas.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> La AEPD ha conocido del tema en el Procedimiento Nº PS/00353/2010 (RESOLUCIÓN: R/02116/2010), motivada porque se envió el informe clínico de la por fax con los datos sin cifrar y las medidas de seguridad a aplicar son las de nivel alto, dada la naturaleza de los datos personales implicados.

<sup>77</sup> MANTECA VALDELANDE, V. “Sentencia 159/2009, de 29 de junio de 2009 del Tribunal Constitucional que estima el recurso de amparo por vulneración del derecho a la intimidad”

Cuestión distinta es la referente a los datos de salud y los controles sobre el absentismo laboral: El Art. 20-4 ET reconoce expresamente que «El empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones.». Cuestión distinta de este control es la práctica de incorporación de datos de salud a un fichero con la única finalidad de realizar controles del absentismo, práctica que resulta a todas luces desproporcionada como ha puesto de manifiesto reiteradamente el Tribunal Constitucional,<sup>78</sup> sin que podamos obviar que si existe un tratamiento relacionado con la salud y que para poder incorporar sus datos de salud a una historia clínica se requerirá el consentimiento expreso del trabajador.<sup>79</sup>

#### Otros pronunciamientos en la materia de la AEPD:

Si bien la AEPD no se ha pronunciado respecto al tema de los trabajadores afectados por cáncer, resulta destacable un pronunciamiento al respecto de esta enfermedad. Así se resulte en el Informe 0262/2011, con origen en una consulta para determinar si resulta conforme a la LOPD, la comunicación de datos de

diversos tipos de tumores, solicitada al laboratorio de anatomía patológica por la Consejería de Salud de su Comunidad Autónoma, requiriéndose, asimismo, los datos necesarios para la correcta identificación de los pacientes (nombre, apellidos, DNI, fecha de nacimiento, domicilio, etc.), para ser incorporados al registro de cáncer de dicha Comunidad Autónoma.

El supuesto contemplado, si bien constituye una cesión de datos de carácter personal, se trata de realización de los estudios epidemiológicos necesarios, así como la planificación y evaluación sanitaria, para lo que se requiere tener como base un sistema organizado de información sanitaria, vigilancia y acción epidemiológica, por lo que se faculta a que las Administraciones sanitarias, de acuerdo con sus competencias, a que creen los registros y elaboren los análisis de información necesarios. No obstante, el hecho de que no sea preciso el consentimiento no excluye el cumplimiento del deber de información regulado en el artículo 5 LOPD, que impone al responsable del fichero la obligación de informar a los interesados, en el momento de recabar los datos, de quienes son los destinatarios de la información.

En enfermedades oncológicas, en las que se debe ser a mi juicio especialmente cuidadoso con el derecho a la intimidad del trabajador y la protección de datos resulta digno de mención el tema referente a la difusión de datos a través de las redes sociales de las empresas. La AEPD ha conocido de un supuesto en el que tratándose de una enfermedad no grave la empresa publicó en la red social *Facebook* un parte médico de incapacidad temporal, manteniéndose durante un período de entre 24 y 48 horas. El documento hecho público contenía el nombre y apellidos de la denunciante, junto con su número de tarjeta sanitaria, afiliación a la Seguridad Social, DNI y domicilio. Asimismo se incluye el nombre de la empresa y datos asociados a la baja médica: duración, diagnóstico y fecha de baja.<sup>80</sup>

Con ocasión de este procedimiento sancionador, se aborda el tema de las redes sociales. El Grupo de Trabajo del artículo 29 (GT29), órgano consultivo europeo independiente establecido en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, adoptó el 12 de junio de 2009 el Dictamen 5/2009, sobre las redes sociales en línea.

Según destaca el GT29, la citada Directiva no impone las obligaciones de un responsable de datos

Pág. 2, BIB 2009\1828. *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 787/2009.

78 STC 202/1999: «mediante la creación de la base de datos parece perseguirse un control más eficaz del absentismo laboral, según las facultades que al efecto reconoce al empresario la legislación vigente...Entre dichas facultades no figura la de proceder al almacenamiento en soporte informático de los datos atinentes a la salud de los trabajadores -y en concreto del diagnóstico médico- prescindiendo del consentimiento de éstos...la medida adoptada por la empresa, sometida a los cánones establecidos para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, no reviste la consideración de solución idónea, necesaria y proporcionada para la consecución del fin, en este caso, el control del absentismo laboral [SSTC 66/1995, F.J. 5; 207/1996, F.J. 4 E) y 69/1999, F.J. 4], pues no se trata de medida de suyo ponderada y equilibrada, ya que de ella no se derivan más beneficios o ventajas para el interés general o para el interés empresarial que perjuicios sobre el invocado derecho a la intimidad. (STC 202/1999)».

79 Sentencia de la Sección 1ª Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2002, «estamos ante un supuesto en el que el objeto no es la atención del paciente - finalidad que justifica la excepción a la prohibición establecida en la ley ya que el mantenimiento del historial médico redundaría en beneficio de su salud sino ante una técnica de control del absentismo laboral.

80 Procedimiento N°: PS/00434/2011 (RESOLUCIÓN: R/00369/2012).



a un individuo que procesa datos personales “en el transcurso de actividades estrictamente personales o domésticas”. El GT29 estima que, con carácter general, en la mayor parte de las actividades realizadas por los usuarios de un SRS debe aplicarse lo que denomina “exención doméstica”, en lugar de la normativa de protección de datos.

En el Dictamen se especifican tres supuestos en los que tales actividades no estarían cubiertas por la “exención doméstica”. El primer supuesto se refiere a los casos en los que se utiliza el SRS como plataforma de colaboración para una asociación o una empresa. Si un usuario de SRS actúa en nombre de una sociedad o asociación, o utiliza el SRS principalmente como una plataforma para conseguir objetivos comerciales, políticos o benéficos, la exención no se aplica. En este caso, el usuario asume todas las obligaciones de un responsable de datos que está revelando datos personales a otro responsable de datos (el SRS) y a terceros (otros usuarios del SRS o, potencialmente, otros responsables de datos con acceso a los mismos). En estas circunstancias, el usuario necesita el consentimiento de las personas concernidas o algún otro fundamento legítimo dispuesto en la Directiva de Protección de Datos.

En segundo lugar, cuando se facilita el acceso al perfil a todos los miembros del SRS o cuando los datos son accesibles por motores de búsqueda, el acceso se sale de la esfera personal o doméstica.

El tercer apartado en que la “exención doméstica” no sería aplicable, lo constituyen aquellos supuestos en los que es preciso garantizar los derechos de terceros, particularmente en relación con datos sensibles. En el Dictamen se aclara el concepto de “datos sensibles”, y entre los mismos se encuentran los “datos relativos a la salud” y éstos sólo se pueden publicar en Internet con el consentimiento explícito del sujeto de datos o si el sujeto de datos ha hecho que los datos sean manifiestamente públicos él mismo.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- **ARENAS VIRUEZ, M.** “La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia” *Relaciones Laborales*, Nº 1, Sección Doctrina, tomo 1, Editorial LA LEY.
- **ASQUERINO LAMPARERO, M.J.**, «Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajo», en *AS*, núm. 2, 2006.

- **AZAGRA SOLANO, M.** “Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo.” BIB 2011\720. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 4/2011.Ed. Aranzadi.
- **AZAGRA SOLANO, M.** “Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo”. BIB 2011\720. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 4/2011.Ed. Aranzadi.
- **BERNARDO JIMENEZ, I.**, «Vigilancia de la salud de los trabajadores: los reconocimientos médicos», *Aranzadi Social*, núm. 20, 2002;
- **ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.** “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria” *Relaciones Laborales*, Nº 5, Sección Crónica internacional y comunitaria, Año XXIII, tomo 1, Ed. LA LEY 2007
- **FERNANDEZ VILLAZON, L.A.**, «Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador. Comentario al art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 82, 1997.
- **GALLO FERNÁNDEZ, M.**, *Autorización e inspección de las actividades sanitarias de los servicios de prevención de riesgos laborales*, Dpto. de Presidencia, Justicia e Interior Gobierno De Navarra, 2009.
- **GINÈS I FABRELLAS, A.** “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo.” BIB 2009\2050. *Aranzadi Social* num. 18/2010. Ed. Aranzadi.
- **GOÑI SEIN, J.L.**, «Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios como medida de prevención de riesgos laborales», *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999.
- **GORDO GONZÁLEZ, L.** “El futuro del despido por enfermedad del trabajador: ¿improcedente o nulo?”. BIB 2011\793. *Aranzadi Social* paraf. 24/2011. Ed. Aranzadi.
- **IGLESIAS CABERO, M.** “Despido por razones de salud: ¿improcedente o nulo? (1)” *Actualidad Laboral*, Nº 19, tomo 2, Ed. LA LEY. 2008
- **LÓPEZ AHUMADA, J.E.**, *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales*, Ed. Bosch 2010.

- **MANTECA VALDELANDE, V.** “Sentencia 159/2009, de 29 de junio de 2009 del Tribunal Constitucional que estima el recurso de amparo por vulneración del derecho a la intimidad.” BIB 2009\1828. *Actualidad Jurídica Aranzadi num. 787/2009.*
- **MARTÍN JIMÉNEZ, R.** “La racionalidad de los derechos fundamentales: un apunte sobre el despido durante la situación de incapacidad temporal.” BIB 2008\987. *Aranzadi Social* paraf. 18/2008. Ed. Aranzadi,
- **MARTÍNEZ FONS, DANIEL,** «La vigilancia de la salud en la doctrina del Tribunal Constitucional. El principio de voluntariedad y la interpretación de sus excepciones», *Aranzadi Social*. Ed. 2005.
- **MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.,** La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva, Ed. Aranzadi, 2004.
- **MELLA MÉNDEZ, L.** “El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: análisis crítico de la regulación laboral y de seguridad social”. *Relaciones Laborales*, Nº 1, Enero 2013, tomo 1, Ed. LA LEY.
- **MORENO MÁRQUEZ, A.** “Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego” .BIB 2010\2075. *Aranzadi Social* num. 11/2010. Editorial Aranzadi,
- **MORENO SOLANA, A.,** La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles, Ed. Tirant lo Blanch 2010.
- **PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.** “Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.” BIB 2011\258. *Aranzadi Doctrinal* num. 1/2011. Ed. Aranzadi.
- **POQUET CATALÀ, R.** “La configuración del absentismo laboral como causa extintiva tras la reforma laboral de 2012” *Actualidad Laboral*, Nº 11, tomo 1, Ed. La Ley.
- **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.** “Despido por enfermedad y discriminación”. *Relaciones Laborales*, Nº 20, tomo 2, Ed. LA LEY. 2008.
- **SALA FRANCO, T.,** *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo.* Ed. Tirant lo Blanch, 2001.
- **SAN MARTÍN MAZZUCCONO, C.,** «La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos», *RMTAS*, núm. 53, 2004.
- **SIRVENT HERNÁNDEZ, N.** “La problemática calificación del despido del trabajador por ausencias debidas a su enfermedad” BIB 2012\117 *Aranzadi Social* paraf. 74/2012). Ed. Aranzadi,
- **TOSCANI GIMÉNEZ, D.** “Cómo y cuándo se le puede realizar un reconocimiento médico a los trabajadores y qué consecuencias tiene el no superarlo” *Relaciones Laborales*, Nº 3, Sección Doctrina, tomo 1, Editorial LA LEY.

# LA GESTIÓN INDIRECTA DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA EN TIEMPOS DE CRISIS<sup>1</sup>

*Elsa Marina Álvarez González*

*Profesora Contratada. Doctora de Derecho Administrativo.*

*Universidad de Málaga*

**SUMARIO: 1. Las medidas de racionalización del gasto sanitario y sus implicaciones jurídicas; 2. Reflexiones generales sobre el régimen jurídico de las formas de provisión de la asistencia sanitaria pública.** 2.1 Sinopsis de la evolución del marco normativo. 2.2 Las formas de gestión de la asistencia sanitaria pública. 2.2.1 Formas de gestión directa. a) Gestión directa mediante organización propia sin personalidad jurídica. b) Administración Instrumental. c) Otras formas de gestión directa. 2.2.2 Gestión indirecta: convenios, conciertos y concesiones sanitarias; **3. Luces y sombras de la gestión indirecta de la asistencia sanitaria.** 3.1 El alcance del derecho a la salud constitucionalmente reconocido y su forma de prestación. 3.2 Límites a la gestión indirecta de los servicios sanitarios; **4. Conclusiones; 5. Bibliografía.**

## RESUMEN

El objeto de este trabajo es analizar las consecuencias e implicaciones que presenta para el derecho a la asistencia sanitaria pública el recurso a fórmulas de gestión privada en un contexto de crisis económica. En efecto, la adopción de medidas de racionalización del gasto sanitario por las Comunidades Autónomas y en particular aquéllas que plantean privatizar la gestión de los centros y servicios sanitarios, presentan algunas cuestiones jurídicas de interés, pues algunas de ellas podrían entrar en contradicción con lo que han venido siendo hasta ahora los pilares básicos del sistema sanitario público en España: universalidad, igualdad, gratuidad y financiación pública. Principios que, por otra parte, se han visto afectados con la reforma del Sistema Nacional de Salud a la que hemos asistido con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, lo que reafirma la necesidad de un análisis jurídico que clarifique el alcance de dichas medidas privatizadoras.

## PALABRAS CLAVE

Asistencia sanitaria pública; gestión sanitaria; contratos y concesiones sanitarias.

## ABSTRACT

This article analyses the effects of private management of public health care into an economical crisis context. Rationalization of health spending into the regions, particularly the privatization of health centers management, has some interesting legal issues that could be in contradiction with the principles of the public health system in Spain: universality, equality, gratuitousness and public funding. These principles have been also influenced by the new reform of the National Health System. *Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones* performs these principles and enforces the need of a legal analysis to clarify the scope of such privatization actions.

<sup>1</sup> Este trabajo se presenta en el marco del Proyecto de Investigación MIR-ES/31 (Migración internacional de retirados en España: Impactos, Identidad, Integración), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Ref. CS02008-06458-C02-01).

**KEY WORDS**

Public health care; health management; health private management.

## 1. LAS MEDIDAS DE RACIONALIZACIÓN DEL GASTO SANITARIO Y SUS IMPLICACIONES JURÍDICAS.

Se ha convertido en una técnica recurrente por los responsables autonómicos la adopción de medidas de racionalización del gasto sanitario para hacer frente al déficit público. Así, desde el año 2010 el gasto en salud ha caído un 10,6%, lo que significa una reducción de 6.700 millones de euros en los presupuestos sanitarios del Gobierno y de las Comunidades Autónomas en tres años<sup>2</sup>. Esto se ha traducido en reducciones de personal sanitario y rebajas salariales, recortes en servicios de salud, cierre de centros (hospitales, quirófanos y centros de atención primaria) y servicios de guardia, e incluso en material sanitario.

Por lo que respecta a la prestación farmacéutica hemos asistido a la introducción del copago en las recetas médicas (caso de Cataluña<sup>3</sup> y Madrid<sup>4</sup>), decisión suspendida cautelarmente por el Tribunal Constitucional hasta que se pronuncie sobre su constitucionalidad por posible vulneración de las competencias estatales y del principio de igualdad. Andalucía, por su parte, ha afrontado una reducción de su gasto farmacéutico con la aprobación del Decreto-ley 3/2011, de 13 de diciembre, de medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía y que contiene, entre otros aspectos, la adjudicación mediante convocatoria pública de los medicamentos que se dispensan en las farmacias de la Comunidad con cargo a la Administración pública, una medida conocida como “subasta de fármacos”.

Navarra, Canarias, Madrid o Valencia, entre otras, también se han sumado a la oleada de recortes en el sector sanitario<sup>5</sup>. Otras Comunidades Autónomas, en

2 Según datos del Ministerio de Hacienda publicados en <http://www.estadief.meh.es/>

3 Véase la noticia publicada en el Diario El País el 29 de enero de 2013 ([http://politica.elpais.com/politica/2013/01/29/actualidad/1359454767\\_360206.html](http://politica.elpais.com/politica/2013/01/29/actualidad/1359454767_360206.html))

4 Véase la noticia publicada en el Diario El País el 29 de enero de 2013 ([http://politica.elpais.com/politica/2013/01/29/actualidad/1359454767\\_360206.html](http://politica.elpais.com/politica/2013/01/29/actualidad/1359454767_360206.html))

5 Las medidas adoptadas por estas CCAA pueden consultarse en el Informe de la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de CCOO “Análisis y Valoración ante los presupuesto sanitarios previstos para 2012 en las

cambio, además de la adopción de medidas generales de ampliación de la jornada laboral o reducciones salariales para el personal sanitario, han optado por introducir modelos de gestión privada en la prestación de la asistencia sanitaria pública. Es el caso de Castilla La Mancha<sup>6</sup> o Galicia<sup>7</sup>, y recientemente, Madrid<sup>8</sup>, ya sea mediante la fórmula de conciertos sanitarios o mediante la privatización de la gestión de las instituciones, centros y servicios sanitarios.

Se trata, sin duda, de una serie de medidas de gran alcance con una clara finalidad económica que plantean numerosas cuestiones jurídicas de interés, pues algunas de ellas podrían entrar en contradicción con lo que han venido siendo hasta ahora los pilares básicos del sistema sanitario público en España: universalidad, igualdad, gratuidad y financiación pública. Pilares que, por otra parte, también parecen tambalearse en estos momentos a la luz de la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.<sup>9</sup>

Asimismo, sería interesante analizar hasta qué punto la descentralización de las competencias en la materia permite que cada Comunidad Autónoma adopte este tipo de medidas sin que exista un pronunciamiento del Estado al respecto, al que compete la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1ª CE). Sin duda, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre

Comunidades Autónomas”, presentado el 27 de diciembre de 2011. Puede descargarse el citado informe en <http://www2.ccoo.es/comunes/temp/recursos/30/1126233.pdf>

6 Véase la noticia publicada el 2 de diciembre de 2011 en Diario Público, edición digital (<http://www.publico.es/espana/410213/cospedal-baja-los-sueldos-publicos-y-privatiza-la-gestion-hospitalaria>).

7 Véase la noticia publicada el 2 de octubre de 2011 en el Diario El Correo Gallego en la que se anuncia la implantación de un modelo de gestión privada de los servicios de radiología y de alta tecnología de los hospitales gallegos. La edición digital puede consultarse en <http://www.elcorreogallego.es/galicia/ecg/psdeg-acusa-sanidade-privatizar-servicios-radiologia/idEdicion-2011-10-02/idNoticia-704328/>.

8 Véase la noticia publicada en el Diario el País el 31 de octubre de 2012 ([http://politica.elpais.com/politica/2012/10/31/actualidad/1351719000\\_419536.html](http://politica.elpais.com/politica/2012/10/31/actualidad/1351719000_419536.html)).

9 Un exhaustivo análisis de la reforma sanitaria puede consultarse en SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., “Reformas en la asistencia sanitaria pública: ¿racionalización del servicio o cambio de modelo?”, *RAAP*, nº85, 2013 (en prensa). Agradecemos al Profesor Souvirón Morenilla habernos facilitado este trabajo con carácter previo a su publicación.

los recursos de inconstitucionalidad planteados por el Gobierno en relación a la introducción del copago en los medicamentos, así como la resolución del procedimiento jurisdiccional abierto en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha sobre la decisión del gobierno regional de suspender el servicio de urgencias nocturnas en 21 municipios de dicha Comunidad Autónoma, nos darán las claves sobre la legitimidad de la adopción de este tipo de medidas que afectan, sin duda, al derecho a la protección de la salud de los ciudadanos.

En cualquier caso, nos vamos a centrar en este trabajo en las consecuencias e implicaciones que presenta para el derecho a la asistencia sanitaria pública el recurso a fórmulas de gestión privada en un contexto de crisis económica, y ello ante la puesta en marcha por varias Comunidades Autónomas de planes de privatización de centros hospitalarios que han hecho resurgir el viejo debate sobre la privatización de la sanidad. Debate que aparece en un contexto nada novedoso, pues la discusión sobre las formas de provisión de la asistencia sanitaria pública está presente desde la década de los noventa del siglo XX. En efecto, ya en el “Informe Abril” de 1991<sup>10</sup> se proponía un cambio profundo en la organización del sistema sanitario público mediante la separación, por un lado, de las funciones de financiación y compra, y por otro, de las de provisión de servicios, así como a través de la transformación de los centros sanitarios en organizaciones de carácter empresarial y el incremento del peso del sector privado en la provisión de servicios sanitarios.

Parece, pues, que hoy por hoy, sigue siendo una cuestión central en la regulación de la asistencia sanitaria pública y su provisión, el de las fórmulas organizativas y de gestión a tal fin. Los costes comparados de la asistencia pública y de la privada ante una idéntica situación de enfermedad, y el problema de la cobertura financiera de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas, son datos suficientemente descriptivos, por un lado, de la pertinencia de un análisis de las diferentes formas de gestión prevista en nuestro ordenamiento jurídico que clarifique el alcance y límites de estas medidas de política sanitaria y, por otro, del interés de una reflexión a tal fin.

## **2. REFLEXIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FORMAS DE PROVISIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA.**

### **2.1 Sinopsis de la evolución del marco normativo.**

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, LGS) consagró un modelo tradicional de gestión directa caracterizado por la creación y consolidación de instituciones sanitarias públicas sometidas al Derecho público. Sin embargo, esta forma de organización pronto puso de manifiesto los mismos puntos débiles que con carácter general venían justificando en el resto de la Administración la apertura a nuevas fórmulas organizativas más flexibles que evitaran las disfunciones derivadas de la jerarquía, la centralización en la toma de decisiones y el modelo burocrático de gestión sometido al Derecho público, consecuencia de la preeminencia no matizada del principio de legalidad, sobre los de eficiencia y oportunidad.

En este contexto, pues, se aprobó el Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, cuyo principal objetivo se dirigía a permitir el otorgamiento de personalidad jurídica a todos los centros sanitarios. Para ello amplió las formas de gestión diseñadas por la LGS, contemplando la posibilidad de constituir a tal fin consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, además del establecimiento de acuerdos, convenios y otras fórmulas de gestión integrada o compartida. Esta norma venía a consagrar una realidad institucional ya existente en las Comunidades Autónomas, dando así seguridad jurídica a todas las iniciativas llevadas a cabo de otorgamiento de personalidad jurídica propia a los centros sanitarios.

Posteriormente, la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, refrendó la medida autorizando tanto la gestión directa como la gestión indirecta de los servicios y centros sanitarios y sociosanitarios, y abriendo así las puertas a cualquier forma de gestión y organización admitida en Derecho. El texto legal que se limita a un único artículo ampara la gestión de los centros sanitarios a través tanto de la constitución de cualquier entidad de naturaleza o titularidad pública admitida en Derecho (entre las que, en su Exposición de Motivos, se hace referencia expresa a las empresas públicas, consorcios y fundacio-

<sup>10</sup> Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud. Informe y Recomendaciones. Madrid, 1991.

nes), como de tales acuerdos, convenios o contratos con otras personas o entidades públicas o privadas.

No obstante, todas las experiencias de nuevas formas de gestión de la asistencia sanitaria pública se llevaron a cabo en instituciones de nueva creación, sin que ninguna Administración abordara la transformación de las instituciones preexistentes del Sistema Nacional de Salud, debido posiblemente a las dificultades que a tal fin plantearía su reconversión en diversos apartados, entre ellos el régimen estatutario del personal sanitario. Precisamente por ello, se crearon las fundaciones públicas sanitarias en el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que suponían una adaptación de las entidades públicas empresariales previstas en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE) a las necesidades de las instituciones sanitarias públicas existentes, que así configuradas disponen de mayor flexibilidad en cuanto al régimen jurídico de su personal.

Este marco normativo de las formas de provisión de la asistencia sanitaria se cierra con el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, de Nuevas Formas de Gestión del INSALUD, que desarrolla la Ley 15/1997 e incluye ya las fundaciones públicas sanitarias como formas de gestión de la asistencia sanitaria. En él se consagra que la autonomía de gestión con que se dota a las entidades, lo es sin merma del carácter de servicio público de la asistencia sanitaria, y debiendo garantizarse en todo momento el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud. De ahí, que se regule expresamente un sistema de garantías de carácter general y particular para asegurar el mantenimiento de la concepción integral de toda la red asistencial, garantizando la continuidad entre niveles y preservando el cumplimiento de los principios inspiradores del Sistema Nacional de Salud, tales como el de universalidad y equidad en el acceso, así como el que todos los centros, cualquiera que sea su forma de gestión, deban proporcionar la prestación de asistencia sanitaria en idénticos términos y con el mismo alcance establecido para todo el Sistema Nacional de Salud.<sup>11</sup>

11 Sobre el marco normativo de las formas de gestión sanitaria puede verse, entre otros, MUÑOZ MACHADO, S., “Los condicionantes normativos en la evolución de los modelos de gestión de los servicios sanitarios”, en *Actas del III Congreso Derecho y Salud*, Juristas de la Salud, Pamplona, 1994, y *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995; PAREJO ALFONSO, L., “Constitución, Sistema Nacional de Salud y formas de

## 2.2 Las formas de gestión de la asistencia sanitaria pública.

Nuestro ordenamiento jurídico vigente permite, como hemos visto, que la acción prestacional pública sanitaria puede desarrollarse en gestión directa o en gestión indirecta. En la gestión directa la prestación de los servicios sanitarios se realiza por la Administración pública territorial, bien como tal y mediante su propia organización personificada, bien mediante entidades institucionales o instrumentales creadas a tal fin. En la gestión indirecta, la Administración pública atribuye la prestación del servicio público a una persona o entidad privada a través del correspondiente instrumento (convenios o contratos en sus diversas expresiones). Las figuras que permiten esa gestión directa o indirecta son variadas, como vamos a ver en la clasificación que sigue.<sup>12</sup>

### 2.2.1 Formas de gestión directa.

#### A) Gestión directa mediante organización propia sin personalidad jurídica.

La gestión de los servicios sanitarios públicos mediante organizaciones sin personalidad jurídica integradas en la propia Administración territorial fue una fórmula muy utilizada en épocas pasadas<sup>13</sup>, pero, en nuestros días, se ha convertido en una fórmula de gestión de carácter residual. Así, por ejemplo, man-

organización”, en PAREJO, L., LOBO, F., y VAQUER, M., (Coords.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001; PEMÁN GAVÍN, J., “Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio)”, en VVAA, *Reforma y liberalización económica: los Decretos-leyes de junio de 1996*, Madrid, Civitas, 1996, y “Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad: ¿desarrollo o reforma?”, *REDA*, núm. 97, enero-marzo, 1998.

12 Un análisis más detallado de las formas de gestión de la asistencia sanitaria pública puede verse en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M., *El régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública. Sistema de Prestaciones y coordinación sanitaria*, Ed. COMARES, 2007, págs.141 a 158; MENÉNDEZ REXACH, A., “Formas jurídicas de gestión de las prestaciones sanitarias”, en PAREJO, L., LOBO, F. y VAQUER, M., (Coords.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, pág. 72; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad patrimonial de la Administración*, Dykinson, 2004, pág. 184; SÁNCHEZ-CARO, J., “Régimen jurídico de las nuevas formas de gestión en la Sanidad Pública Española (la perspectiva del Instituto Nacional de Salud)”, en PAREJO, L., LOBO, F. y VAQUER, M., (Coords.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, pág. 145.

13 Fundamentalmente en el siglo XIX para la prestación de servicios de beneficencia y para la gestión de los servicios sanitarios dependientes de los municipios.

tienen esta forma los Laboratorios Provinciales de Salud Pública de la Junta de Andalucía y la Agencia andaluza de Evaluación de Tecnologías Sanitarias.

### B) Administración Instrumental.

Como es sabido, la LOFAGE al regular la Administración instrumental parte del concepto genérico de “organismos públicos”, entidades de derecho público creadas bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado para la realización de actividades de ejecución o gestión, tanto administrativas, de fomento o prestación, como de contenido económico, cuyas características justifiquen su organización o desarrollo en régimen de descentralización funcional, clasificándolos en Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales y Agencias Estatales<sup>14</sup> (art. 43).

- Organismos Autónomos. Los organismos autónomos realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten plenamente al Derecho público. En este sentido, se les encomienda la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos, disponiendo para el ejercicio de estas funciones de ingresos propios y dotaciones a través de los Presupuestos Generales del Estado. En el sector sanitario, y en el ámbito de la Administración General del Estado, se configuran como organismos autónomos: a) La Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición; b) El Instituto de Salud Carlos III; c) El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), y d) El Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa.
- Entidades Públicas Empresariales. Las entidades públicas empresariales realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, el ejercicio de las potestades que tengan atribuidas, así como en los aspectos específicamente regulados para las mismas en la LOFAGE, sus estatutos y la legislación presupuestaria. En el ámbito sanitario no existe en estos momentos ninguna entidad pública empresarial constituida para la realización de actividades de prestación de servicios sanitarios.

- Agencias Estatales. Las agencias estatales son entidades de Derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias. En el ámbito sanitario contamos con la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

Esta tipología de organismos públicos en el ámbito de la Administración General del Estado fue adaptada con algunas variaciones al ámbito de las Comunidades Autónomas, las que a la hora de regular sus entidades instrumentales siguieron, con carácter general, el modelo estatal. Así, debemos distinguir entre:

- Organismos Autónomos “de carácter administrativo”. Esta fórmula de gestión, aunque derogada por la LOFAGE, ha seguido vigente en las Comunidades Autónomas que adoptaron el viejo modelo inducido por la Ley General Presupuestaria de 1988. Son entidades de derecho público creadas por ley, con personalidad jurídica propia y patrimonio propio, que actúan en régimen de descentralización administrativa y que tienen como función la organización y administración de un servicio público, de los fondos que tiene adscritos y de actividades y bienes. Esta modalidad organizativa ha sido muy utilizada para la constitución de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. Así, por ejemplo, han sido organismos autónomos de carácter administrativo el Servicio Navarro de Salud; el Servicio Canario de Salud; el Servicio Andaluz de Salud; el Servicio Extremeño de Salud; el Servicio Aragonés de Salud; el Servicio Riojano de Salud, y el Servicio Gallego de Salud.
- Entes de Derecho público sujetos al Derecho privado. Entes “atípicos” son organizaciones con personalidad y organización jurídico-pública, pero que actúan en la gestión de sus recursos conforme al ordenamiento jurídico-privado. Esta fórmula organizativa también fue derogada por la LOFAGE, pero ha continuado vigente en aquellas Comunidades Autónomas que han regulado esta modalidad organizativa. En concreto, en el ámbito sanitario, se ha utilizado para la ordenación de los servicios sanitarios de algunas Comunidades Autónomas que crearon sus Servicios de Salud

<sup>14</sup> Figura introducida por la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

bajo está formula (Cataluña, Asturias, Islas Baleares, Murcia, País Vasco y Madrid). Además, también ha sido utilizada como modelo organizativo para las unidades prestadoras de servicios sanitarios de cualquier nivel. De hecho, podemos afirmar que esta modalidad organizativa ha sido el modelo más usado en la gestión de servicios sanitarios, tanto para la prestación del servicio público como para el ejercicio de funciones de autoridad sanitaria.

Junto a los organismos públicos, debemos añadir al esquema de entes instrumentales en el ámbito sanitario las sociedades mercantiles y las fundaciones públicas sanitarias que pueden ser creadas tanto por la Administración General del Estado como por las Comunidades Autónomas. Así,

- Sociedad mercantil de titularidad mayoritariamente pública. Las sociedades mercantiles de titularidad mayoritariamente pública son sociedades reguladas por el derecho mercantil, basadas en títulos representativos de capital cuya titularidad pertenece en proporción mayoritaria bien a una Administración pública territorial, un organismo autónomo, una entidad pública empresarial, o bien, a un ente de derecho público sujeto al Derecho privado. Se rigen por el Derecho privado, tanto en lo relativo a su organización como a su actividad. Ahora bien, su pertenencia al sector público determina la aplicación del Derecho administrativo en algunos aspectos de su régimen jurídico como la constitución y disolución, la fusión, transformación o escisión, la adquisición y enajenación de participaciones, la determinación de su objeto social y de la actividad social, etc. En el ámbito sanitario esta modalidad organizativa se encuentra regulada en el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, de nuevas formas de gestión del INSALUD, con la denominación de sociedades estatales.

- “Fundaciones públicas” sanitarias. La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social incluye, dentro del Capítulo VIII que titula “Acción Administrativa en Materia de Sanidad”, un artículo –el 111–, en el que se crea una nueva forma jurídica de la organización sanitaria pública: la “fundación pública sanitaria”. Esta nueva modalidad podría vincularse, a la vista de la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, a las posibles “entidades de naturaleza o titularidad pú-

blica admitidas en Derecho”, pero se incluye ya de manera definitiva entre las nuevas formas de gestión reguladas por el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, de nuevas formas de gestión del INSALUD. Las fundaciones públicas sanitarias, aunque comparten la misma denominación, son un modelo totalmente distinto a las fundaciones creadas por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones.<sup>15</sup> Se trata de organismos públicos, dotados de personalidad jurídica propia y que se regulan por la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, por el artículo 111 de la Ley 50/1998, en lo que se refiere al ámbito del INSALUD, y por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma en lo referente a las fundaciones públicas sanitarias que se puedan crear en sus respectivos ámbitos territoriales. No obstante, aunque con sometimiento a las normas anteriores, las fundaciones públicas sanitarias se regirán por las disposiciones del Real Decreto 29/2000, de nuevas formas de gestión del INSALUD.<sup>16</sup>

En cualquier caso, debemos señalar que en los últimos tiempos hemos asistido a un doble proceso en lo que a las entidades del sector público se refiere. Por un lado, se ha llevado a cabo una adaptación de las entidades del sector público autonómico al modelo estatal vigente, y en particular, se ha generalizado la adaptación de los organismos autónomos de carácter administrativo y entes de Derecho público a entidades públicas con forma de agencias. Así, la mayoría de las normas reguladoras de la organización y funcionamiento de las Administraciones autonómicas han creado las agencias como entidad instrumental.<sup>17</sup> Pero, al mismo tiempo, y por otro lado, se ha iniciado un proceso de reorganización del sector público empresarial y fundacional, bajo los principios constitucionales de eficiencia, economía y estabilidad presupuestaria, con la finalidad de con-

15 Modificada por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

16 Sobre las fundaciones públicas sanitarias, véase GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Técnicas de control y de integración administrativa de las nuevas fundaciones de gestión sanitaria», *XIII Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo*, Salamanca, 2000; VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones Públicas Sanitarias y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Barcelona, 1999.

17 Entre otras, la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público de Galicia; Cataluña; Valencia; la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.



seguir un sector público empresarial más racional y simplificado mediante la reducción significativa de entidades públicas en el actual contexto de austeridad y necesidad de control del gasto público<sup>18</sup>. Reordenación del sector público ésta que, como no podía ser de otra forma, también ha tenido reflejo en el ámbito sanitario.

C) Otras formas de gestión directa.

Hemos optado por incluir la figura de los consorcios y la de las fundaciones privadas creadas por entidad pública dentro de la gestión directa, aunque sin englobarlas en la Administración instrumental. En el caso de los consorcios por entender que, por su sustrato asociativo, más bien podría significarse como una manifestación de la llamada Administración corporativa. En el de las fundaciones privadas creadas por entidad pública, porque, a pesar de no considerarlas como entidades públicas, ni tampoco como Administración, pues tienen naturaleza jurídica privada, las incluimos dentro de la gestión directa porque al cabo son, como tales organizaciones, expresión “directa” de la voluntad organizativa para el logro de su propio “munus” por parte de la Administración territorial competente.

a) Consorcios sanitarios. Los consorcios son entidades dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, creadas por varias Administraciones Públicas (de naturaleza territorial o institucional), para la realización de fines de interés común, que normalmente se concretan en la gestión de servicios, de bienes o de obras que entran en la competencia de los diversos entes públicos que integran el consorcio.

Los consorcios en el ámbito sanitario se regulan por el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD. En él se establece que tendrán la consideración de consorcios las organizaciones comunes, dotadas de personalidad

jurídica propia y suficiente para el cumplimiento de sus fines, que se constituyan a consecuencia de convenios cuyo objeto sea la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria, que celebre el INSALUD con las Comunidades Autónomas, la Administración Local, las entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones Públicas, o con todas ellas conjuntamente (art. 46). Los consorcios se rigen por el convenio regulador y por sus estatutos, en los que se definen los fines para los que se crea, su organización y funcionamiento, así como su régimen financiero.

b) Fundaciones privadas creadas por entidad pública. La Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones (modificada por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones), define las fundaciones como organizaciones dotadas de personalidad jurídica y constituidas sin ánimo de lucro por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado su patrimonio a la realización de fines de interés general.

En el ámbito sanitario, la posibilidad de gestionar los centros sanitarios mediante la constitución de fundaciones se recogía ya en el Real Decreto Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, que además admitía la gestión de centros sanitarios no sólo a través de fundaciones, sino “mediante cualesquiera entidades admitidas en Derecho”. A su amparo se crearon, por ejemplo, la Fundación Hospital de Manacor (Mallorca) y la Fundación Hospital de Alcorcón (Madrid), publicándose el 6 de febrero de 1997 en el BOE los estatutos de ambas fundaciones privadas.

Posteriormente, el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, vuelve a contemplarlas entre las nuevas formas de gestión (art. 38). Así, se recogen, entre las que denomina nuevas formas de gestión, las fundaciones al amparo de la Ley 30/1994, los consorcios, las sociedades estatales y las fundaciones públicas sanitarias, aunque admite la gestión y administración de centros, servicios y establecimientos sanitarios “mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público”. Por tanto, al establecer un régimen mayoritariamente común para todas ellas se equipara las fundaciones con las empresas públicas y con los consorcios.

<sup>18</sup> Véase la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el Plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal, publicada en el BOE nº 72, de 24 de marzo de 2012. Y en el mismo sentido, por ejemplo, la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía; Ley 11/2011, de 29 de diciembre, de reestructuración del sector público para agilizar la actividad administrativa de Cataluña; Ley 14/2012, de 27 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de reordenación del sector público regional de Murcia; Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Madrid; Decreto-ley 7/2012, de 19 de octubre, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Comunidad Valenciana.

En todo caso, queremos señalar que el régimen jurídico de las fundaciones en el ámbito sanitario plantea algunas cuestiones no exentas de interés, sobre todo en lo que se refiere a su naturaleza jurídica, ya que la Ley de Fundaciones las regula como una creación del fundador, una dotación económica organizada con un fin que cumplir, con un órgano –patronato- encargado de hacer cumplir ese fin mediante la gestión de la dotación y al que un órgano externo –el protectorado- controla para que se cumpla la voluntad del fundador. En cambio, estas características de la fundación no se aprecian en la regulación que de la misma realiza la normativa sanitaria. En ella, la fundación se aproxima a la Administración instrumental como una entidad de naturaleza o titularidad pública, manteniendo una constante presencia del fundador durante la vida de la fundación, con sometimiento a algunos principios rectores de la contratación administrativa (publicidad y concurrencia), con órganos de control externo paralelos al protectorado y radicados en entes de la Administración fundadora (matriz), etc.

### 2.2.2 Gestión indirecta: convenios, conciertos y concesiones sanitarias.

La gestión indirecta de los servicios públicos se produce cuando, como dijimos, la Administración pública vincula, a través de un contrato, convenio o concierto, la prestación del servicio público a un ente privado. En el ámbito sanitario, la Ley General de Sanidad establece como principio general la gestión directa de los servicios sanitarios públicos, sin perjuicio de que la colaboración de los centros privados se instrumente a través de modalidades de gestión indirecta como los convenios de vinculación y los conciertos sanitarios. La gestión directa es así un criterio general de gestión, compatible, no obstante, con la colaboración de los establecimientos de titularidad privada. En este caso, los centros privados colaboran en la prestación de unos servicios que son de titularidad (y responsabilidad) de los poderes públicos competentes.

La diferencia fundamental entre los modelos clásicos de la Administración instrumental que hemos analizado y la gestión indirecta es que en ésta no existe una relación de instrumentalidad como la que existe entre la Administración matriz y el ente creado. La vinculación con el sistema sanitario público se realiza a través de las modalidades de gestión indirecta (conciertos –art. 90 LGS-, convenios –arts. 66 y 67 LGS-, concesiones u otras modalidades del

contrato de gestión de servicios públicos –art. 277 TRLCSP<sup>19</sup>-).

Las formas de gestión indirecta a través de convenios y conciertos sanitarios se caracterizan por la vinculación al Sistema Nacional de Salud de servicios y prestaciones sanitarias de carácter privado. No obstante, el convenio sanitario supone la plena integración del establecimiento privado en la red hospitalaria pública, quedando vinculados todos los servicios del establecimiento y sometido a un régimen sustancialmente idéntico al de los centros públicos. Por el contrario, el concierto sanitario supone una vinculación más difusa, limitada a determinadas prestaciones de las que realiza el centro privado, con lo que éste puede prestar servicios no incluidos en el concierto.

La concesión, por su parte, es una modalidad de gestión de un servicio público, en la que la Administración ostenta la titularidad del servicio, y mediante una regulación contractual de las condiciones, entrega su prestación y el contenido económico correspondiente a un particular o empresa privada, que asume la gestión y riesgo, obligándose frente a la Administración a responder de la marcha regular del servicio público, a mantener en buen estado los bienes que explota, a admitir el goce del servicio a todo aquel que cumpla los requisitos, a la restitución de los bienes si la concesión caduca o se extingue y en su caso, al pago a la Administración de un canon. El concesionario, por su parte, percibe a cambio las tasas, tarifas o precios fijados por la utilización del servicio público.<sup>20</sup>

La utilización de este modelo en el ámbito sanitario se inicia en el año 1996 con el Hospital La Ribera en Alcira (Valencia) cuya construcción y posterior explotación se gestiona a través de una concesión administrativa. No obstante, en ella existe un elemento que desvirtúa el modelo tradicional de concesión, pues, el concesionario no percibe las tasas fijadas a cambio de la prestación del servicio de los particulares, sino que éstas son sufragadas por la Consejería de Sanidad mediante una cantidad fija y preestable-

19 Aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

20 Sobre la concesión sanitaria, véase LARIOS RISCO, D. y LOMAS HERNÁNDEZ, V., “Modelos de colaboración público-privada para la construcción y gestión de infraestructuras sanitarias”, *Derecho y Salud*, vol. 15, núm. 2, 2007; VILLAR ROJAS, F. J., “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007.

cida por cada usuario (sistema de contraprestación que se aproxima al modelo de concierto sanitario y al contrato de concesión de obra pública). Algunas fórmulas de colaboración público-privada similares se fueron implantando con posterioridad en otras Comunidades Autónomas como Madrid, Cataluña, Isla Baleares, Asturias o Castilla y León, pero con un carácter residual dentro de la gestión de la asistencia sanitaria pública en España.

Sin embargo, ante situaciones de crisis económica como la actual, parece que estas formas de gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública se convierten en instrumentos eficaces para racionalizar el gasto público y reducir el déficit financiero sin merma del Estado del Bienestar. Prueba de ello es, por ejemplo, la iniciativa de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha de que ocho hospitales de dicha Comunidad se gestionen por empresas privadas. En concreto, los hospitales de Manzanares, Tomelloso, Villarobledo y Almansa, mientras que los hospitales en construcción de Toledo, Cuenca, Albacete y Guadalajara serán construidos y gestionados por el sector privado a cambio de una contraprestación económica durante 30 años. La Comunidad Autónoma de Galicia, por su parte, ha anunciado también la implantación de un modelo de gestión privada de los servicios de radiología y de alta tecnología de los hospitales gallegos. Y, en el mismo sentido, el proceso iniciado en la Comunidad Autónoma de Madrid con la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, en cuyo artículo 62 se habilita al Servicio Madrileño de Salud para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo, que garantizarán los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios, asignándose las funciones de vigilancia, seguimiento y control de la ejecución de los nuevos contratos a la unidad técnica de control de los servicios de explotación de las obras públicas de los citados hospitales, creada por Orden 2073/2007, de 12 de septiembre, de la Consejería de Sanidad.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> En coherencia con esta medida, el art. 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, ha modificado el artículo 88 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, que ha quedado redactado de la siguiente forma:

*“Artículo 88. Organización y gestión*

*1. Los centros y establecimientos que integran el Servicio Madrileño de Salud se podrán configurar como instituciones sanitarias del citado ente sin personalidad jurídica propia, o bien como entidades sanitarias dependientes del mismo, de titularidad pública y con personalidad jurídica*

En estos momentos continúa pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884/2013 interpuesto contra los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, y con respecto al recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución de 30 de abril de 2013 de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, por la que se hizo pública la convocatoria para la licitación del contrato de servicios denominado “Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios “Infanta Sofía”, “Infanta Leonor”, “Infanta Cristina, del Henares del Sureste y del Tajo”, señalar que por Auto de 11 de septiembre de 2013 de la Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se ha acordado la suspensión cautelar de la citada resolución administrativa.

---

*propia. En este caso, las mismas podrán adoptar cualquiera de las figuras organizativas previstas en el ordenamiento jurídico y su creación se realizará mediante Decreto del Consejo de Gobierno.*

*2. Cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, podrá ofrecerse la gestión de los centros preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que estén constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que presten sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud, con la finalidad de promover un mayor grado de implicación de los profesionales en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño.*

*Establecida la preferencia, en caso de que la gestión de los centros no se asigne a cualquiera de las sociedades de profesionales creadas al efecto, podrán concurrir para su gestión el resto de personas físicas o jurídicas legalmente constituidas.*

*3. El Consejo de Gobierno mediante decreto, determinará los requisitos necesarios para acreditar las sociedades profesionales a que se refiere el apartado anterior.*

*4. El Consejo de Gobierno mediante decreto podrá definir el estatuto jurídico que dé cobertura a la autonomía económica, financiera y de gestión de los centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud.*

*5. Los centros y establecimientos que integran el Servicio Madrileño de Salud deberán contar con un sistema integral de gestión que permita de acuerdo con su planificación estratégica, implantar técnicas de dirección por objetivos, sistemas de control de gestión orientados a los resultados y sistemas de estándares de servicios, delimitar claramente las responsabilidades de dirección y gestión, y establecer un adecuado control en la evaluación de los diferentes parámetros que influyen en los costes y la calidad de la asistencia.*

*6. De acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente, los centros y establecimientos deberán confeccionar y remitir al Servicio Madrileño de Salud periódicamente, cuanta información sanitaria y económica le sea requerida”.*

En este orden de cosas, es preciso señalar que la concesión de servicios es una técnica mediante la que la Administración suple su carencia de recursos, recurriendo a la iniciativa privada, que con su capital y esfuerzo, ofrece las prestaciones estipuladas, ateniéndose a la regulación del servicio establecida por aquélla y percibiendo de los usuarios unos ingresos por la utilización del servicio que le permiten recuperar la inversión realizada, sufragar los costes de explotación y obtener un razonable beneficio empresarial<sup>22</sup>. Pero cuando el concesionario asume además de la explotación del servicio la construcción de la obra, nos encontramos ante una concesión de obra pública<sup>23</sup>. Además, existe también el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (en adelante, CPP) en el que una Administración Pública encarga a una entidad privada la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; y d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.<sup>24</sup>

Lo característicos de estas tres figuras contractuales es que en la concesión de servicios y en la de obra pública la Administración no tiene que hacer desembolso alguno para sufragar el coste del servicio, porque dicho coste se repercute vía tarifas y precios sobre los usuarios. En cambio, en el contrato de CPP la remuneración no consiste en cánones abonados por los usuarios, sino que éstos se sustituyen por pagos periódicos de la Administración contratante.

22 Art. 8 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

23 Art. 7 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

24 Art. 11 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En el ámbito sanitario, entendemos que se ha producido un abuso de los elementos típicos de la concesión de servicios y de obras al contemplar una contraprestación económica a cargo de la Administración para evitar el abono del coste por los usuarios. Sin embargo, con la regulación actual del contrato de CPP como contrato nominado, será más difícil forzar la estructura de otros contratos típicos como el de gestión de servicios públicos o la concesión de obra pública para incluir cláusulas que solo caben en un contrato de CPP, particularmente las relativas a los riesgos y a la contraprestación a cargo de la Administración. Teniendo en cuenta, además, que para que pueda celebrarse un contrato de CPP tiene que darse un requisito negativo pues hay que acreditar que no existen fórmulas alternativas para satisfacer las necesidades de la Administración dentro de los contratos típicos tradicionales. Esta condición debería operar como importante limitación a la utilización indiscriminada de estos contratos, reservados para objetos de gran envergadura y complejidad.

### 3. LUCES Y SOMBRAS DE LA GESTIÓN INDIRECTA DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA

Es cierto que estamos asistiendo en los últimos tiempos a una utilización generalizada por los poderes públicos de formas de gestión indirecta, sobre todo, a través de concesiones sanitarias, para la gestión de la asistencia sanitaria pública y que ello ha puesto sobre la mesa el debate sobre la privatización de la sanidad. En este contexto, es preciso destacar que desde el punto de vista jurídico el término “privatización” puede tener un triple significado: a) atribución al sector privado de tareas o funciones que eran competencia y responsabilidad pública (privatización material); b) gestión (indirecta) de tareas o funciones públicas a través de empresarios privados, en virtud de contratos (privatización funcional); y c) ejercicio de tareas o funciones públicas en régimen de derecho privado a través de organismos y entidades (entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas y fundaciones públicas), que actúan sometidas en todo o en parte a ese sector del ordenamiento jurídico (privatización formal).<sup>25</sup>

25 Sobre el concepto «privatización» en ámbito sanitario véase, entre otros, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., “Técnicas de control y de integración administrativa de las nuevas fundaciones de gestión sanitaria”, *XIII Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo*, Salamanca, 2000; MENÉNDEZ REXACH, A., “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Revista Administración Sanitaria*, 2008; 6 (2); VAQUER CABALLERÍA, M.,

En el primer caso, la privatización ha afectado a tareas o funciones que antes eran de competencia pública y que han dejado de serlo para convertirse en actividades privadas a desarrollar en régimen de libre competencia (telecomunicaciones, energía eléctrica, hidrocarburos, etc.), por exigencias del Tratado Constitutivo de la Unión Europea. A este proceso se le ha denominado también “liberalización” de actividades antes configuradas como “servicios públicos”<sup>26</sup>. No obstante, la liberalización no implica desregulación de dichas actividades, más bien al contrario, pues están sometidas a una regulación por la Administración pública competente para evitar abusos y garantizar la consecución de los objetivos de interés general a que están subordinadas.

En los otros dos supuestos la actividad sigue siendo de titularidad pública pero en el caso de la privatización formal a través de entidades sometidas al derecho privado estamos ante una gestión directa de la actividad o del servicio público por la Administración pública titular, mientras que en la privatización funcional dicha actividad o servicio público se gestiona a través de sujetos privados.

Pues bien, sólo en el primer supuesto la actividad se “privatiza” realmente, en el sentido de que deja de ser de titularidad y responsabilidad de los poderes públicos, sin perjuicio de que esté (más o menos) regulada. En cambio, en la gestión directa e indirecta de funciones y actividades no existe tal privatización pues la Administración pública sigue siendo la titular y responsable de la prestación del servicio. En lo que

al ámbito sanitario se refiere, nuestro ordenamiento jurídico permite, como hemos visto, el recurso a fórmulas de gestión tanto directas como indirectas en la prestación de la asistencia sanitaria pública, no siendo posible, por el contrario, una privatización de la misma –en el sentido de una liberalización de la actividad– al quedar la sanidad configurada en el art. 43 de la CE como un derecho del ciudadano cuya protección y tutela a través de las prestaciones y servicios necesarios es obligación de los poderes públicos.

Dicho esto, es cierto que el debate se plantea en torno a la gestión indirecta del servicio público de la sanidad a través de empresas privadas, ligadas a la Administración responsable de esa actividad en virtud de un contrato administrativo, normalmente una concesión de servicio público. Y ello, ante la posible inconstitucionalidad de la generalización de la figura de concesión a empresas privadas de centros sanitarios (hospitales y centros de salud), ya que se vulneraría la propia configuración del derecho a la protección de la salud recogido en el art. 43 de la CE, así como la organización del sistema sanitario público a través del Sistema Nacional de Salud, entendido éste como el conjunto de estructuras y servicios públicos al servicio de la salud, en suma como el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la Ley General de Sanidad (art. 44).

No obstante, es preciso destacar que el derecho a la protección de la salud en su reconocimiento por la CE, a pesar de la expresión que ésta utiliza, y dada su ubicación sistemática, no es un auténtico derecho subjetivo de naturaleza fundamental, sino un derecho de configuración legal. Así hay que deducirlo a la vista de la ubicación del mismo dentro de los “principios rectores”, y del propio artículo 43.2 CE que específicamente consagra el derecho a la salud precisando expresamente que “*la ley establecerá los derechos y deberes al respecto*”. Será, pues, el legislador ordinario el que concrete –delimitándolo– el derecho a la salud proclamado por la CE, y consecuentemente, también las medidas y prestaciones que, para garantizarlo, deben proporcionar los poderes públicos.

Ahora bien, esta conclusión –coherente desde el punto de vista lógico-sistemático y mayoritaria en la doctrina<sup>27</sup>–, si no se matiza oportunamente, resultaría

---

*Fundaciones Públicas Sanitarias y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Barcelona, 1999.

26 Sobre la evolución del concepto de servicio público puede verse, entre otros, ARINO ORTIZ, G., “Servicio Público y libertades públicas (una interpretación limitadora del artículo 128 de la Constitución)”, en la obra *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, 3 vols., Edt. Complutense, Madrid, 1992, pág. 1330; GARRIDO FALLA, F., “El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público”, en *REDA*, núm.29, 1981 y “El concepto de servicio público en Derecho español”, *RAP*, núm.135, 1994; FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Revista Justicia Administrativa*, núm.18, 2003; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, núm.150, 1999; MARTÍN-RETORTILLO, S., “Reflexiones sobre la nueva Administración económica”, en la obra dirigida por MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J.L Y GONZÁLEZ SEARA, L., *Las estructuras del bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial-Civitas, Madrid, 2000, págs. 449 y ss; SOUVIRON MORENILLA, J.M., *La actividad de la Administración y el servicio público*, Ed. Comares, Granada, 1998.

27 Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Constitución como norma jurídica”, en la obra *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, dirigida por PREDIERI

ciertamente frustrante, si concluyéramos que con ello el legislador, sin vinculación alguna por la previsión constitucional, goza de absoluta libertad para definir dicho derecho, e incluso para hacerlo o no. Por ello, debemos preguntarnos si, al margen de que el derecho a la protección de la salud –como un “principio”– deba “informar” la legislación positiva (art. 53.3 CE), su reconocimiento en el artículo 43 CE supone algo más que el reenvío de éste al legislador ordinario, lo que pasamos a exponer a continuación.

### 3.1 El alcance del derecho a la salud constitucionalmente reconocido y su forma de prestación

Para una mejor comprensión del alcance del derecho constitucional a la protección de la salud, resulta oportuno determinar con carácter previo el valor técnico-jurídico de los conceptos “derechos” y “principios” que se recogen en los distintos Capítulos del Título I de la CE, y ello porque, como hemos visto, no siempre que el legislador constitucional utiliza el término “derecho individual” está haciendo referencia a un derecho subjetivo “strictu sensu”.

En efecto, la CE establece una gradación de los derechos por ella reconocidos en función de su protección constitucional (art. 53 CE). Así, en la cúspide de esa escala se encuentran los derechos reconocidos como derechos fundamentales de la persona (Sección 1ª del Capítulo II del Título I CE) y que gozan de la máxima protección constitucional, pues vinculan a todos los poderes públicos; sólo por ley, que, además, en todo caso debe respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades; y serán directamente invocables ante el Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios (art. 53.1 CE). Se trata por ello, podríamos decir, de derechos con alcance “inmediato”.

Junto a éstos la Constitución proclama otros derechos como los derechos sociales y económicos recogidos en el Capítulo III del Título I de la CE bajo la rúbrica de los “principios rectores” y que precisamente por esta ubicación necesitan del legislador ordinario para su determinación, y gozan de una protección constitucional más debilitada (tan sólo la de que su reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y que podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria aunque sólo

de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, art. 53.3 CE). Son por ello derechos “mediatos”, al requerir en todo caso la intermediación del legislador para encontrar su expresión definida y su virtualidad como derechos.

A este último grupo pertenece el derecho a la protección de la salud, precisando, pues, como tal de concreción por el legislador. Ahora bien, entendemos que de otras previsiones de la Constitución concomitantes puede concluirse que el legislador no es libre para regular o no el derecho o para configurarlo legalmente sin más a su arbitrio.

Para empezar, puede decirse que la concreción legal del derecho a la salud resulta obligada para el legislador como consecuencia del expreso artículo 43.2 (“Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública”). Existe así un mandato que el legislador debe cumplir, aunque éste pudiera tener en principio libertad en cuanto al contenido del derecho y modo de satisfacerlo. Pero es que, además, tal y como el derecho a la salud se reconoce en la CE, podemos acotar algunas dimensiones constitucionalmente prefijadas que vincularían al legislador que lo desarrolle.

En primer lugar, el derecho a la salud es un derecho del sujeto a prestaciones sanitarias a satisfacer –con mayor o menor densidad– mediante la actividad de los poderes públicos, y ello en un doble plano: el preventivo y el efectivamente asistencial (“a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” dice el art. 43.2 CE in fine). En segundo lugar, el carácter universal e igualitario del derecho a la salud (por la conexión del art. 43 con otros preceptos de la CE: arts. 9.2, 14 y 149.1.1ª CE), lo que significa que la simple condición de ciudadano es cualidad suficiente para ser beneficiario de las prestaciones sanitarias. En tercer lugar, la garantía constitucional de un mínimo asistencial en la determinación de las prestaciones sanitarias, que deriva del propio artículo 43.2 cuando contempla “*las prestaciones y servicios necesarios*”. Determinación ésta que obliga al legislador y las Administraciones públicas a proporcionar un nivel tal de prestaciones y servicios que asegure de forma suficiente y haga efectivamente reconocible el derecho a la asistencia sanitaria. Nivel de suficiencia que ha de entenderse en un sentido dinámico, es decir, el mínimo asistencial garantizado estará constituido por las prestaciones que en cada momento se considere indispensable para la protección de la salud, un mínimo básico sin el cual no tendría sentido siquiera hablar de protección de la salud.

y GARCÍA DE ENTERRÍA. Ed. Civitas, Madrid, 1981; GARRIDO FALLA, M., *Comentarios a la Constitución*. 2ª edición ampliada, Ed. Civitas, Madrid, 1985.

La consecuencia más significativa de estas dimensiones del derecho a la salud reconocidas constitucionalmente es que el desconocimiento de las mismas por la ley que en concreto regulara dicho derecho, podría fundamentar la declaración de su inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. Con lo que tales dimensiones vienen al cabo a definir una suerte de “contenido esencial”, cierto que distinto del de los derechos fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la CE, y sin la garantía funcional de que para su defensa específicamente recoge el artículo 53 CE (recurso de amparo), pero no menos justificado en su articulación conceptual, vista la estrecha conexión entre el derecho a la salud y el derecho más importante de los derechos fundamentales, el derecho a la vida y la integridad física.

Ahora bien, dicho esto, y al margen de las previsiones de la CE expuestas, no existen determinaciones constitucionales que puedan condicionar al legislador en su potestad de configuración del derecho a la salud y de organizar, en su caso, el servicio sanitario público. Ni sobre las concretas fórmulas organizativas (prestaciones directas, a través de conciertos con entidades privadas, pago a los profesionales sanitarios por sueldo, en función del número de personas a las que atienden o por cada acto médico, etc.), ni sobre las fórmulas de financiación (sistema de seguro obligatorio con financiación contributiva o sistema de servicio nacional financiado a través de impuestos generales o con utilización, en algunos casos, de tarifas a cargo del usuario por cada prestación), etc. Salvo quizá –eso sí– la necesaria construcción de la protección de la salud como un verdadero sistema, es decir, como una organización sanitaria integrada basada en la unidad, armonía, coherencia y coordinación.

Pues bien, con estas premisas, el legislador ordinario al concretar el derecho a la protección de la salud en la Ley General de Sanidad ha establecido que su prestación se hace efectiva con la organización del servicio público sanitario a través del Sistema Nacional de Salud, integrado por “*todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud*” (art. 44.1 LGS) y por “*todos los recursos sanitarios públicos*” (art. 46 c) LGS). Integración de estructuras y servicios públicos sanitarios que se produce bajo la responsabilidad de las Comunidades Autónomas, ya que según artículo 52.2 LGS: “*La ordenación territorial de los servicios será competencia de las Comunidades Autónomas y se basará en la aplicación de un concepto integrado de la atención a la salud*”, y con el reconocimiento al Estado de poderes normativos

básicos y de la correspondiente coordinación y planificación sanitaria como instrumentos de reconducción a la unidad del sistema sanitario a nivel de todo el conjunto estatal<sup>28</sup>.

Por tanto, en el Sistema Nacional de Salud se integran “*todas las funciones y prestaciones sanitarias que (...) son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud*” (art. 45). De ahí que, esta organización pública sanitaria se materialice mediante la gestión directa de los servicios, sin perjuicio de la colaboración de los centros privados a través de modalidades de gestión indirecta. En este marco, los centros privados colaboran en la prestación de unos servicios que son de titularidad y responsabilidad de los poderes públicos competentes. En consecuencia, la gestión indirecta se limita a la prestación sanitaria a través de medios privados, pues, la misma no tiene sentido en los centros y establecimientos sanitarios de titularidad pública, porque al tratarse de medios con los que ya cuenta la Administración, no necesita recurrir a los propios de los agentes privados.<sup>29</sup>

Ahora bien, como la gestión de las prestaciones sanitarias no implica, en sí misma, ejercicio de la autoridad de los poderes públicos, son admisibles, en principio, las fórmulas de gestión indirecta. No obstante, como la gestión indirecta atiende preferentemente al contenido económico del servicio, parece que deberían descartarse las modalidades de gestión indirecta que ponen el acento en el beneficio del gestor privado (concesión, gestión interesada y sociedad mercantil con participación pública minoritaria) y retener preferentemente aquéllas que excluyen el ánimo de lucro en la actuación de aquél, como el convenio y el concierto, según el criterio establecido por la Ley General de Sanidad en los artículos 67 y 90. Sin embargo, la regulación de las nuevas formas de gestión en el ámbito sanitario establecidas por el Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio; la Ley 15/1997, de 25 de abril, de Habilitación de Nuevas Normas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, y el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, han permitido otras modalidades de gestión indirecta mediante acuerdos,

28 La Exposición de Motivos de la Ley General de Sanidad no puede ser más descriptiva al respecto: “*Los servicios sanitarios se concentran, pues, bajo la responsabilidad de las Comunidades Autónomas y bajo los poderes de dirección, en lo básico, y la coordinación del Estado*”.

29 Véase MENÉNDEZ REXACH, A. “Las nuevas formas de gestión sanitaria ante el derecho administrativo”, Asociación española de derecho sanitario, *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, 1997.

convenios o contratos con otras personas o entidades, públicas o privadas, dónde, sin duda, tiene cabida la concesión de servicios sanitarios.

### 3.2 Límites a la gestión indirecta de los servicios sanitarios.

Llegados a este punto, y analizada la viabilidad jurídica de las modalidades de gestión indirecta, entre las que se encuentra la concesión sanitaria, retomamos lo que era nuestro planteamiento inicial: la posible inconstitucionalidad de la generalización de la figura de concesión a empresas privadas de centros sanitarios (hospitales y centros de salud), pues parece que la utilización de formas de gestión indirecta para la prestación de servicios sanitarios está permitida siempre que su uso sea de carácter excepcional y se mantenga como principio general la gestión directa de los servicios sanitarios. Así lo mantiene la doctrina más autorizada, entre los que destaca MENÉNDEZ REXACH que afirma que *“parece razonable sostener que la efectividad de los mandatos constitucionales relativos a la protección de la salud y al mantenimiento obligatorio de un sistema público de seguridad social implica la existencia de una red de establecimientos de titularidad pública que deben ser gestionados directamente (con o sin atribución de personalidad jurídica propia), sin perjuicio de la colaboración de los centros privados, fundamentalmente mediante fórmulas de concertación. También es admisible la concesión y alguna otra fórmula análoga, como el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el privado, previsto en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Pero éstas deben ser excepciones a la regla de la gestión directa, y por ello necesitadas de justificación concreta, sin que sea suficiente la genérica previsión legal de su admisibilidad”*.<sup>30</sup>

No obstante, los Tribunales de Justicia amparados en la doctrina del Tribunal Constitucional han venido a respaldar sin reservar la utilización de las concesiones sanitarias como modelo de gestión. En efecto, El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en la sentencia 1925/2000 dictada con motivo de la impugnación de la concesión sanitaria adjudicada para la construcción y explotación del hospital de la Ribera de Alzira en la Comunidad valenciana, concluye que no existe reparo legal que

se oponga a la gestión indirecta del servicio sanitario en virtud de una concesión. En concreto, el tribunal sintetiza sus afirmaciones en el fundamento jurídico 8º: *“a) Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 37/1994, el art. 43 de la Constitución recoge la prestación del servicio de salud como un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema (...) el carácter público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada; b) No se aprecia que se haya vulnerado ninguno de los preceptos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en el régimen de elección de la empresa concesionaria; c) Tanto el Real Decreto Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas Formas de Gestión del Insalud y la Ley 15/1997 de Habilitación de nuevas Formas Gestión Sistema Nacional de Salud, permiten tanto la gestión directa en la prestación del servicio de salud como la gestión indirecta y, dentro de esta última, la prestación del servicio sanitario a través de una empresa privada concesionaria. d) El hecho de que el Centro de Especialidades de Alzira y Sueca sean gestionados por la concesionaria es consecuencia del nuevo sistema de gestión indirecta del área de salud núm. 10 que, con las reglas establecidas en el pliego de condiciones de explotación, respeta íntegramente los derechos del personal sanitario estatutario de la Conselleria de Sanidad, cuyo trabajo se proyecta al Servicio Nacional de Salud y, en definitiva, a las prestaciones sanitarias de los ciudadanos”*.

Esta sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, que se pronunció al respecto a través de la STS de 20 de diciembre de 2005. En ella el Alto Tribunal señala que *“bastaría aquí con reproducir las valoraciones de la sentencia recurrida que han dado adecuada respuesta a las argumentaciones que hace el recurrente y que en buena medida son reproducción de las formuladas ante el tribunal de instancia”*. Pero añade alguna argumentación más que podría sintetizarse en el sentido de que *“los artículos 41 y 43 de la Constitución no imponen la gestión pública directa y exclusiva del sistema de salud, cual parece pretender el recurrente, como así además lo ha declarado el Tribunal Constitucional al decir en sentencia núm. 37/1994, ‘que el derecho de que los ciudadanos puedan ostentar en materia de seguridad social salvando el carácter indisponible para el legislador de la garantía constitucional de esta institución, es un derecho de estricta configuración legal, y que el carácter público del sistema no queda cuestio-*

<sup>30</sup> MENÉNDEZ REXACH, A., “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Revista Administración Sanitaria*, 2008; 6 (2), pág. 295.



nado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada”. Además, “de que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...), ya regula la concesión administrativa como forma de gestión indirecta de los servicios públicos, es lo cierto, que el Real Decreto Ley 10/96 y la Ley 15/97, con el indicativo y clarificador título, sobre Habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, ya se ocupan, ampliando los términos de la Ley General de Sanidad, de la posibilidad de gestión directa, o indirecta, y además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios contratos con personas o entidades públicas o privadas, por todo lo que no se puede aceptar la alegación de que ese nuevo sistema de gestión del Sistema Nacional de Salud carezca de cobertura legal, como se aduce, pues la tiene y en base a Ley posterior a la de Sanidad y a la de la Seguridad Social”.

Ambas sentencias, como hemos visto, se apoyan en la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1994, de 10 de febrero, en la que se plantea la inconstitucionalidad del art. 129.1 L.G.S.S. al «privatizar» (por utilizar la expresión de las propias resoluciones que plantean las cuestiones de inconstitucionalidad) el régimen de la prestación por invalidez laboral transitoria al desplazar sobre un sujeto privado la obligación de pagar, aunque sólo sea por una parte de su duración una prestación de Seguridad Social. Entienden los órganos judiciales proponentes que no es legítimo este traslado de responsabilidad, incondicionado y asumido por el empresario, argumentando su afirmación con referencias al enunciado del arto 41 C.E. -que impone a los «poderes públicos» la obligación de «mantener» un «régimen público» de Seguridad Social-. Pues bien, fundamenta el Tribunal Constitucional en su fundamento jurídico 3º que “Son ya numerosas las ocasiones en que este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de las obligaciones impuestas a los poderes públicos por el art. 41 C.E. Desde el punto de vista que ahora interesa importa destacar las siguientes afirmaciones: a) La Constitución ha recogido y consagrado en su arto 41 la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, de tal suerte que la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como «una función del Estado», rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal (SSTC 103/1983, fundamento jurídico 3.º; 65/1987, fundamento jurídico 17, entre otras); b) El art. 41 C.E. impone a los poderes públicos la obligación de establecer -o mantener- un

sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público «cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador» (STC 32/1981, fundamento jurídico 3.º), de tal suerte que ha de ser preservado «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (STC 26/1987, fundamento jurídico 4.º. y 76/1988, fundamento jurídico 4.º); c) Salvada esta indisponible limitación el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (SSTC 65/1987, fundamento jurídico 17, entre otras)”.

Afirmando seguidamente en el fundamento jurídico 4º que “La garantía institucional del sistema de Seguridad Social en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema. Ahora bien este rasgo debe apreciarse en relación con la estructura y el régimen del sistema en su conjunto, sin distorsionar la evaluación centrándola en aspectos concretos de éste desvinculados del conjunto al que pertenecen; sin cerrar la interpretación de ciertos conceptos de relevancia constitucional ni tampoco haciéndoles encajar indebidamente en los moldes que en un determinado momento proporciona la ley ordinaria, tratando de descartar que pueda haber otros posibles. Lo que verdaderamente ha de ser tutelado por imperativo constitucional es que no se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social a la que pertenecen. Desde esta perspectiva, el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél”.

Como puede observarse, el Tribunal Constitucional si que matiza, a diferencia del Tribunal Supremo, que la gestión debe ser pública y así deberá visualizarse por la sociedad sin que puedan quedar cuestionados los rasgos estructurales e institucionales del sistema público de gestión. Además, las fórmulas de

gestión privada deben ser de escasa relevancia en el conjunto del sistema. Por tanto, podemos afirmar que una generalización tal de la utilización de modelos de gestión indirecta que haga invisible la estructura pública del sistema sanitario sería a todas luces inconstitucional. En primer lugar, por vulnerar el derecho a la protección de la salud recogido en el art. 43 de la CE, así como por conculcar el ejercicio de la competencia estatal exclusiva de regulación básica y coordinación general sanitaria recogida en el art. 149.1.16ª CE, ya que dicha generalización en el ámbito de una Comunidad Autónoma –a lo que parece que tiende el modelo valenciano y madrileño– rompería la concepción integral del Sistema Nacional de Salud y quebraría los principios básicos del sistema de universalidad, igualdad, gratuidad y financiación pública. Y ello incluso ante la reestructuración del Sistema Nacional de Salud a la que hemos asistido con el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que ha vuelto a introducir el concepto de aseguramiento para reconocer el derecho a la asistencia sanitaria, lo que implica que la misma se garantiza a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado<sup>31</sup>, a la vez que ha modulado la financiación pública de la cartera de servicios, de tal forma que la cartera básica continúa financiándose públicamente, mientras que la cartera de servicios suplementaria y accesorias quedan sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario.<sup>32</sup>

Parece, pues, que pretender que la asistencia sanitaria se financie públicamente en todo caso, se encuentra hoy ante la realidad de una generalizada insuficiencia de recursos públicos, con lo que si la generación de recursos económicos por la vía impositiva no resulta suficiente, y si no se acude a otras fórmulas como la adoptada de introducción del pago o copago del servicio por el usuario de los servicios de salud, sobre la base del distingo entre servicios básicos y servicios añadidos, e incluso a fórmulas de gestión indirecta, difícilmente puede mantenerse el sistema sanitario público dada su escasa eficiencia económica. Lo que nos pone en la antesala de lo debería ser objeto también de reflexión: se trata de medidas coyunturales para hacer frente al déficit financiero o en el fondo estamos asistiendo a

una transformación de uno de los pilares básicos del sistema sanitario público: el paso de una provisión mayoritariamente pública de la asistencia sanitaria a una provisión mayoritariamente privada de la misma a través de la privatización de la gestión de los centros y servicios sanitarios.

#### 4. CONCLUSIONES

1. Los valores fundamentales del Sistema Nacional de Salud: aseguramiento único y público, financiación pública, cobertura universal y gratuita, y provisión mayoritariamente pública deben continuar siendo las bases para asegurar la equidad y el derecho constitucional a la protección de la salud, y ello, a pesar de la reestructuración del Sistema Nacional de Salud llevada a cabo a través del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, para garantizar la sostenibilidad del mismo en el actual contexto socioeconómico mediante la reforma de algunos de los ejes fundamentales del sistema sanitario público español como la cobertura de la asistencia sanitaria y la financiación pública de las prestaciones sanitarias.
2. El recurso a formas de gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública parece hoy por hoy constituir una vía de escape para racionalizar el gasto público. Ahora bien, habría que reflexionar si se trate de simples medidas coyunturales para hacer frente al déficit financiero o si en el fondo estamos asistiendo a una transformación de uno de los pilares básicos del sistema sanitario público: el paso de una provisión mayoritariamente pública de la asistencia sanitaria a una provisión mayoritariamente privada de la misma a través de la privatización de la gestión de los centros y servicios sanitarios.
3. Además, una generalización de la gestión privada de la asistencia sanitaria mediante la concesiones de servicios o de obras implicaría, a su vez, la necesidad de replantear el principio de financiación pública. En efecto, en la asistencia sanitaria pública, –al menos a la vista de los actuales principios de nuestro Sistema Nacional de Salud– la financiación pública debe estar asegurada mediante los impuestos, con lo que la introducción de mecanismos de copago del usuario en el coste del servicio debe verse acompañada de una regulación básica que establezca los criterios para garantizar la igualdad de todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud ante la financiación del sistema.

<sup>31</sup> Véase el art. 3.2 del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril (desarrollado por el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto).

<sup>32</sup> Véase la nueva redacción dada por el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, al artículo 8 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

4. Ante la escasez de recursos públicos una alternativa dentro de las formas privadas de gestión de la asistencia sanitaria podría ser el contrato de CPP, pues mantiene intactas las bases de nuestro Sistema Nacional de Salud: universalidad, gratuidad, provisión pública y financiación pública, ya que es la propia Administración la que asume el coste del servicio en lugar del usuario. Sin embargo, se trata de una figura que, a pesar de implementar nuevas fórmulas de financiación de los servicios, plantea algunas cuestiones. En primer lugar, sería interesante delimitar si nos encontraríamos ante un nuevo modelo de financiación o ante un nuevo modelo de gestión; y por otra parte, habría que analizar si sería una solución económicamente eficiente a largo plazo.
5. En cualquier caso, parece que una generalización de la utilización de modelos de gestión indirecta –a través de concesiones sanitarias– del sistema sanitario podría ser inconstitucional según la propia doctrina del Tribunal Constitucional, pues se vulneraría el derecho a la protección de la salud recogido en el art. 43 de la CE, así como el ejercicio de la competencia estatal exclusiva de regulación básica y coordinación general sanitaria recogida en el art. 149.1.16ª CE.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M., *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública: sistema de prestaciones y coordinación sanitaria*, Ed. Comares, 2007.
- ARIÑO ORTIZ, G., “Servicio Público y libertades públicas (una interpretación limitadora del artículo 128 de la Constitución)”, en la obra *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, 3 vols., Edt. Complutense, Madrid, 1992.
- CABASÉS, J.M., “La financiación sanitaria en el Sistema Nacional de Salud descentralizado”. *Revista de Derecho y Salud*, Vol. 10, enero-junio, 2002.
- CHINCHILLA MARIN, C., “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)”, en COLÁS TENAS, J. y MEDINA GUERRERO, M. (Coords.), *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.

- FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Revista Justicia Administrativa*, núm.18, 2003.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, núm.150, 1999.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., “Técnicas de control y de integración administrativa de las nuevas fundaciones de gestión sanitaria”, *XIII Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo*, Salamanca, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Constitución como norma jurídica”, en la obra *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, dirigida por PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA. Ed. Civitas, Madrid, 1981.
- GARRIDO FALLA, F., “El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público”, en *REDA*, núm.29, 1981.
- GARRIDO FALLA, M., *Comentarios a la Constitución*. 2ª edición ampliada, Ed. Civitas, Madrid, 1985.
- GARRIDO FALLA, F., “El concepto de servicio público en Derecho español”, *RAP*, núm.135, 1994.
- GÓMEZ DE HITTA, J.L. *Formas jurídicas de la organización sanitaria. Derecho público y derecho privado en la provisión pública de servicios sanitarios*, EASP, 2002.
- LARIOS RISCO, D. y LOMAS HERNÁNDEZ, V., “Modelos de colaboración público-privada para la construcción y gestión de infraestructuras sanitarias”, *Derecho y Salud*, vol. 15, núm. 2, 2007.
- MARTÍN-RETORTILLO, S., “Reflexiones sobre la nueva Administración económica”, en la obra dirigida por MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J.L Y GONZÁLEZ SEARA, L., *Las estructuras del bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial-Civitas, Madrid, 2000.
- MENÉNDEZ REXACH, A., “Las formas de gestión sanitaria indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario”, en Ob. Col. *La gestión de los Servicios Sanitarios: mo-*

*delos alternativos*. Actas del III Congreso de Derecho y Salud, Pamplona, 1995

- MENÉNDEZ REXACH, A. “Las nuevas formas de gestión sanitaria ante el derecho administrativo”, *Asociación Española de Derecho Sanitario*, IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 1997.

- MENÉNDEZ REXACH, A., “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Revista Administración Sanitaria*, 2008; 6 (2).

- MORELL OCAÑA, L. “La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años”. *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999.

- MUÑOZ MACHADO, S., “Los condicionantes normativos en la evolución de los modelos de gestión de los servicios sanitarios”, en *Actas del III Congreso Derecho y Salud*, Juristas de la Salud, Pamplona, 1994,

- MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.

- NUÑEZ FEIJOO, A., “Nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”. *Revista de Administración Sanitaria*, enero-marzo, 3(9), 1999.

- PAREJO, L., LOBO, F., y VAQUER, M., (Coords.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001.

- PEMÁN GAVÍN, J., “Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio)”, en VVAA, *Reforma y liberalización económica: los Decretos-leyes de junio de 1996*, Madrid, Cívitas, 1996.

- PEMÁN GAVÍN, J., “Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad: ¿desarrollo o reforma?”, *REDA*, núm. 97, enero-marzo, 1998.

- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad patrimonial de la Administración*, Dykinson, 2004.

- SÁNCHEZ CARO, J., “Nuevas formas de gestión: Las razones de una Ley”. *Revista de Administración Sanitaria*, Vol. 1, núm. 1, enero-marzo, 1997.

- SINTES I PASCUAL, J.G., “El nuevo modelo de financiación para la sanidad”, *Revista Gestión Hospitalaria*, núm. 13, 2002.

- SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., *La actividad de la Administración y el servicio público*, Ed. Comares, Granada, 1998.

- SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., “Reformas en la asistencia sanitaria pública: ¿racionalización del servicio o cambio de modelo?”, *RAAP*, nº85, 2013 (en prensa).

- VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

- VILLAR ROJAS, F.J. “La huida del Derecho privado en la gestión de los servicios de salud”. *Revista de Derecho y Salud*, Vol. 2, núm. 2, julio-diciembre, 1994.

- VILLAR ROJAS, F.J. “La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud: ¿hacia la desregulación de la sanidad pública?”. *Revista de Derecho y Salud*, Vol. 2, núm. 6, julio-diciembre, 1998.

- VILLAR ROJAS, F.J., “Responsabilidad en la gestión directa. Especial referencia a las nuevas fórmulas de gestión: Fundaciones”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 1, 2000.

- VILLAR ROJAS, F. y SALA ARQUER, J.M. “Análisis de la cooperación en un sector determinado: La sanidad pública”. *Revista Derecho y Salud*, Vol. 10, núm.1, enero/junio, 2002.

- VILLAR ROJAS, F. J., “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007.

# LA REFORMA DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN ESTADOS UNIDOS<sup>1</sup>

*Federico de Montalvo Jääskeläinen*  
Profesor Propio Adjunto D.º Constitucional.  
Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)

*“Every word that I write on every form is crafted with the idea that a malpractice attorney will challenge me to defend my practice”*

Respuesta de un médico al estudio sobre medicina defensiva de Jackson Healthcare

*“I don’t believe malpractice reform is a silver bullet, but I’ve talked to enough doctors to know that defensive medicine may be contributing to unnecessary costs”*

Barack H. Obama

**SUMARIO: I. Introducción; II. La reforma de la responsabilidad sanitaria: un viejo debate; III. ¿Es constitucionalmente admisible la aprobación de una norma federal en esta materia?; IV. ¿Es el sistema de responsabilidad sanitaria el verdadero problema?; V. ¿Cumple el sistema de responsabilidad con sus fines?; VI. ¿Crisis del seguro o crisis de las aseguradoras?; VII. ¿Cuál es la posición de los dos grandes partidos en esta materia? 1. Dos posiciones para un mismo problema. 2. La posición del Partido Republicano. 3. La posición del Partido Demócrata; VIII. Alternativas en la reforma de la responsabilidad sanitaria: análisis de reformas estatales y propuestas federales. 1. Las reformas estatales ¿Un ejemplo para la futura reforma federal? 2. Las propuestas a nivel federal. 3. Análisis de las diferentes alternativas de reforma del sistema de responsabilidad médica. 3.1. Límites en las indemnizaciones (cap on damages). 3.2. Tribunales especializados (Health Courts). 3.3. Responsabilidad objetiva (non-fault system). 3.4. Reducción de los plazos de ejercicio de las acciones de responsabilidad médica (Statute of limitations). 3.5. Regulación de la prueba pericial. 3.6. Limitación de la responsabilidad solidaria (limitation on joint and several liability). 3.7. Medios alternativos de resolución de disputas (ADR systems). 3.8. Evaluación previa de la reclamación por expertos (medical screening panels). 3.9. Modelos de comunicación de errores y disculpa médica (I’m sorry Laws). 3.10. Evaluación judicial del impacto de la condena (remittitur standard); IX. Conclusiones.**

## RESUMEN

Este trabajo analiza la reforma del sistema de responsabilidad médica en los Estados Unidos. Se aborda tanto el estudio de cuál es la principal causa de incremento del gasto sanitario, si el sistema de res-

ponsabilidad médica o la medicina defensiva, como la posición que los dos grandes partidos mantienen en relación a dicha reforma y a sus alternativas y las reformas ya llevadas a cabo en varios Estados. Final-

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se ha realizado durante una estancia de investigación y docencia en la primavera de 2013 en el College of Law de De Paul University, Chicago.

mente, se concluye con una valoración de cual será en el futuro el contenido de la reforma de la responsabilidad médica que, necesariamente, parece que debiera afrontar el Congreso de dicho país en esta década.

### PALABRAS CLAVE

Responsabilidad médica, sistema de responsabilidad, reforma sanitaria, gasto sanitario, medicina defensiva, seguridad de los pacientes, límite de la indemnizaciones, Tribunales sanitarios.

### ABSTRACT

This work analyzes the medical liability reform in the United States of America. We analyze what is the main cause of the increase of health care spending, specifically, if it comes from the medical liability system or from the defensive medicine. We also study the position of both US political parties, the Republican and the Democrat about the reform of the medical liability system and the different reforms that there have been enacted in the States level. Finally, we try to foresee the future content of the reform of the medical liability system in the US, which the Congress will have to face in the next decade.

### KEY WORDS

Medical liability, Tort Law, Health care reform, health care spending, defensive medicine, patient's safety, cap on damages, Health Courts.

## I. INTRODUCCIÓN

El 15 de junio de 2009, el Presidente Obama se comprometió ante los representantes de la Asociación Médica Americana (*American Medical Association* –AMA–), reunidos en Chicago, a reformar el sistema de responsabilidad profesional sanitaria. Tal compromiso obedeció, en gran parte, al interés del Presidente en obtener el apoyo de los profesionales médicos y sanitarios en general a su propuesta de reforma del sistema sanitario norteamericano que había figurado como una de los principales consignas de la campaña electoral en la que ganó la presidencia al candidato republicano, John McCain. Sin embargo, pese a haber transcurrido ya cuatro años desde tal promesa, pese a que la reforma sanitaria ya se ha traducido en 2010 en una Ley en vigor, *Patient Protection and Affordable Care Act* e, incluso, pese a que el Presidente Obama ha renovado su mandato por otros cuatro años, el sistema de responsabilidad profesional sanitario no ha sido objeto de modificación alguna, al menos, a nivel federal. Las únicas reformas se han producido a nivel de los Estados, generando,

como veremos un modelo poco uniforme, ya que ni todos han acometido dichas reformas ni en todos se han implantado las mismas medidas. Sin embargo, estas iniciativas estatales pueden, al menos, servir para valorar el efecto que en el sistema sanitario acaban produciendo las mismas y, por tanto, para determinar en el futuro cuál es la mejor alternativa para una futura reforma federal.

Tal ausencia de reforma federal no significa que el debate se haya disipado o que carezca ya de trascendencia tras la entrada en vigor de la citada *Patient Protection and Affordable Care Act*. Antes al contrario, precisamente la entrada en vigor de dicha norma genera una mayor necesidad, si cabe, de replantearse el modelo porque, si bien dicha norma no supone formalmente ningún cambio del modelo de responsabilidad, al que prácticamente no menciona, salvo en lo que se refiere, como veremos, a la promoción de proyectos que evalúen alternativas al actual sistema de responsabilidad médica a nivel de los Estados, sí que va a tener una incidencia notable en este campo. No debemos olvidar que dicha norma tiene como objetivo principal, dicho en términos generales, incorporar al sistema sanitario a cuarenta millones de personas que se estima que carecen de seguro sanitario y que no cumplen los requisitos para acceder a los programas públicos de *Medicare* o *Medicaid*, y cuyos ingresos económicos no les permiten tampoco acceder al mercado de los seguros privados de asistencia sanitaria<sup>2</sup>. De este modo, si se incorporan cuarenta millones de usuarios podemos ciertamente hablar de una subida exponencial muy importante de actos médicos y, por ende, de futuros errores médicos o efectos adversos. Un mayor número de actos médicos ha de provocar necesariamente un mayor número de efectos adversos y, por ende, un mayor número de casos de responsabilidad sanitaria en los Tribunales<sup>3</sup>.

Así pues, si la reforma podría entenderse conveniente antes de la aprobación de la *Affordable Care Act*, por diferentes motivos que iremos analizando, después de que ésta haya sido aprobada en el Congreso lo es aún mucho más, so riesgo que caer en una nueva crisis de la mal praxis.

<sup>2</sup> *Medicare* y *Medicaid* son dos programas de asistencia médica del Gobierno norteamericano destinados, el primero a personas mayores de 65 años o a adultas con incapacidad laboral, y el segundo a la asistencia sanitaria a pobres.

<sup>3</sup> ROTHSTEIN, M.A., "Health Care Reform and medical malpractice claims", *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Conundrums and controversies in mental health and illness, invierno 2010, p. 871. Vid., también, NELSON, L.J., MORRISEY, M.A. y BECKER, D.J., "Medical liability and Health Care Reform", *Health Matrix*, vol. 21, año 2011, p. 449.

A través de este trabajo pretendemos hacer un análisis del debate que se está planteando en Estados Unidos acerca de la reforma de la responsabilidad sanitaria y de cuáles son las diferentes alternativas que se están proponiendo entorno a este tema. El enfoque atenderá no sólo a aspectos jurídicos, sino también políticos y sociológicos, los cuales creemos que es importante considerar a la hora de valorar cuál ha de ser el futuro del sistema de responsabilidad médica en Estados Unidos.

El análisis que nos proponemos desarrollar creemos que tiene interés también al otro lado del Atlántico, y ello pese a que, ciertamente, nuestro modelo de responsabilidad sanitaria no es equiparable al norteamericano, y no solo por la menor judicialización de los conflictos sociales<sup>4</sup> y, en particular, de la relación médico-paciente, sino también porque en nuestro modelo ya existen importantes elementos correctores del sistema que han de evitar una situación de crisis de la mal praxis y, sobre todo, porque no tenemos la figura de los *punitive damages*<sup>5</sup>. Sin embargo, la actual crisis económica y las dudas acerca de la futura sostenibilidad del sistema sanitario en gran parte de los países de Europa provocan que el debate también haya de plantearse aquí. La incidencia de dicho fenómeno en el gasto sanitario ya no es un problema foráneo, sino que es una cuestión que debe ser afrontada desde ya y, para ello, las reflexiones y propuesta que al respecto se hacen en el país en el que es referente en este ámbito han de resultar necesariamente muy útiles. Observar lo que se hace desde Estados Unidos tiene, pues, todo el sentido, sin perjuicio de que las diferentes propuestas o alternativas hayan de ser necesariamente contextualizadas en un marco jurídico y social algo diferente.

---

4 Meisel señala que la sociedad norteamericana es una sociedad impregnada por el litigio. Pese a que se reconoce que el excesivo nivel de litigiosidad no es favorable para el desarrollo social, se confía en los litigios la mayor parte de las decisiones sociales de gran calado. El litigio se reconoce como un fallo del sistema social, pero es adictivo. Este misma problemática se aprecia con la discusión de las cuestiones referidas a los cuidados y decisiones al final de la vida, ya que las diferentes decisiones normativas se han adoptado al amparo de resoluciones judiciales. Vid. MEISEL, A., "The role of litigation in end of life care: a reappraisal", en JENNINGS, B., KAEBNICK, G.E. y MURRAY, T.H. (Edit.), *Improving end of life care. Why has it been so difficult?*, The Hastings Center, Report núm. 35, noviembre-diciembre 2005, p. 47.

5 El gasto del sistema de Tort Law en general y no solo referido a la responsabilidad sanitaria supuso en 2006 en Estados Unidos un 2,2 por ciento del PIB, frente al 0,7 en Francia o Reino Unido o uno por ciento en Alemania y España. Vid. McQUILLAN, L.J., ABRAMYAN, H. y ARCHIE, A.P., "Jackpot justice. The true cost of America's tort system", Pacific Research Institute, San Francisco, 2007, p. 32.

## II. LA REFORMA DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA: UN VIEJO DEBATE

La crisis de la mal praxis y, por tanto, el debate acerca de la necesidad de reformar el sistema de responsabilidad médica se inicia en Estados Unidos mucho antes de la aprobación de la *Patient Protection and Affordable Care Act*. En los años setenta ya se produce la llamada entonces primera crisis de la mal praxis que luego tendría un nuevo resurgir durante los años ochenta y noventa. Tanto aquella como éstas traerán como consecuencia la subida del precio de las primas que los médicos van a pagar por su seguro de responsabilidad civil sanitaria y también la reducción de la oferta de compañías aseguradoras en este sector, como ha venido también ocurriendo desde principios de este siglo XXI<sup>6</sup>.

Los motivos que ocasionaron dichas crisis son diversos y así se han apuntado, entre otros, los cambios en la relación médico-paciente, el impacto de la evolución de la tecnología en la medicina<sup>7</sup>, la socialización de la medicina que ya no se prestará en una relación simple y horizontal médico-paciente, pasando a una relación más compleja y con tres protagonistas, institución-médico-paciente, y, finalmente, el desarrollo de los derechos de los pacientes y su consiguiente posibilidad de exigir judicialmente su respeto.

También, se apunta recientemente, como detallaremos más adelante, aunque podemos ahora avanzar, que dicha crisis de la mal praxis obedece a motivos no directamente imputables al propio sistema sanitario y al sistema de responsabilidad médica, sino a la coyuntura económica y al impacto que ésta tiene en el sector asegurador. Así, parte de la doctrina norteamericana considera que la denominada crisis de la mal praxis es una mera leyenda urbana (*urban*

---

6 THORPE, K.E., "The medical malpractice crisis: recent trends and the impact of the State Tort reforms", *Health Affairs*, 21 de enero 2004, p. 20. Vid., también, BARRINGER, P.J., "A new prescription for America's medical liability system", *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 9, año 2006, pp. 237 a 240.

7 El avance de la tecnología en la medicina constituye uno de los factores que explica el gran éxito de esta en las últimas décadas. Sin embargo, tal éxito muestra también un riesgo para el ciudadano que se traduce en una mayor posibilidad de encarnizamiento terapéutico o de aplicación de medidas de sobreesfuerzo terapéutico. Instalada definitivamente en el poder tecnológico, la medicina vive toda una época de fascinación por la tecnología, y éste ha sido uno de los elementos que más deshumanización y más sufrimiento puede producir en la relación médico-paciente.

*legend*)<sup>8</sup>, sin que puedan encontrarse la razón de la misma en un incremento apreciable de los litigios contra los médicos o de las condenas acordadas por los Tribunales. El motivo real responde a una mera estrategia económica del sector asegurador que, en los contextos económicos en los que es más difícil obtener retornos por las inversiones de las primas que percibe, opta por un escenario presidido por el incremento de las mismas. De este modo, si en un contexto de bonanza económica, el sector asegurador prefiere abaratar las primas, ya que el objetivo es obtener mayor liquidez para invertir, en el contexto de crisis, tal posibilidad se evanece y ante los riesgos de la inversión o los escasos réditos que ofrece ésta, se opta por percibir la parte fundamental del negocio directamente de las primas, es decir, por el negocio tradicional.

Por ello, como explicaremos más adelante, y esta es una postura que empiezan ya a compartir algunos miembros del Partido Demócrata, se ha llegado, incluso, a plantear por algún sector de la doctrina que no es necesaria una reforma de la responsabilidad sanitaria en tal escenario porque el propio mercado se corrige a sí mismo en el momento que la económica vuelve a crecer. Se ha señalado, de manera muy ilustrativa, que el debate acerca de la responsabilidad médica es un *Republican issue*<sup>9</sup>, en el sentido de que no es algo necesario, sino tan sólo deseado por el citado Partido Republicano en una clara defensa de los intereses de los lobbies que representan a las empresas aseguradoras.

En todo caso, aunque el Partido Demócrata, como veremos, no tenga una clara opinión acerca de dicha reforma y no porque existan posturas claramente encontradas al respecto en su seno, sino porque existen dudas, como decimos, acerca de los verdaderos motivos que provocan la presunta crisis de la mala praxis y, por tanto, de las recetas legales para resolverla, sí se trata de un tema que también aparece en su discurso político. Así pues, aunque puede perfectamente afirmarse, como hemos señalado, que es el Partido Republicano el que principalmente ha enarbolado la bandera de la reforma, tampoco el Partido Demócrata renuncia claramente a ello, y como buena muestra son las permanentes referencias del Presidente Obama a tal problema en sus discursos o en sus comunicados al Congreso.

8 BAKER, T., *The medical malpractice myth*, University of Chicago Press, Chicago, 2007, p. 1.

9 MELLO, M.M., KELLY, C.N. y BRENNAN, T.A., "The role of medical liability reform in Federal Health Care Reform", *The New England Journal of Medicine*, vol. 361, núm. 1, año 2009, p. 1.

Por otro lado, también se ha apuntado que la presunta crisis actual de la mala praxis muestra dos diferencias con las anteriores: por un lado, se ha producido la retirada precipitada de alguna compañía (véase, singularmente el caso de *St Paul* y, como consecuencia de su retirada del seguro de responsabilidad profesional médica, el de otras compañías como *PHICO* y *Frontier Insurance Group*), aunque es discutible que ello se haya debido a dicha crisis y no a los efectos que sobre el sector asegurador produjo el atentado del 11-S. Por otro lado, el incremento del precio de las primas ha coincidido con un descenso del importe que los médicos perciben de programas públicos como *Medicare*<sup>10</sup>, de manera que el impacto económico es mayor desde la perspectiva de los profesionales. Sin embargo, algunos autores discrepan de dicha posición y consideran que la esta crisis no es comparable a las anteriores en intensidad, de manera que no se aprecia ni un incremento notable de las primas ni dificultades por parte de los médicos para suscribir un seguro<sup>11</sup>.

También, es importante subrayar que dichas crisis nunca han afectado por igual a todos los Estados. Así, a principios de este siglo se observan incrementos de primas muy diferentes en función del Estado. Por ejemplo, en Florida y Ohio las primas se incrementaron un cincuenta y sesenta por ciento, respectivamente, para los internistas, mientras que en California solo se aprecian pequeños incrementos<sup>12</sup>.

Tampoco el incremento de primas afecta por igual a todos los médicos, sino que sus efectos se aprecian especialmente en determinadas especialidades médicas como Obstetricia y Ginecología, Medicina Interna y Cirugía General, como puede verse en el **cuadro 1** que recogemos a continuación y si bien los datos vienen referidos a un periodo anterior (1998-2002), los mismos se han reproducido en los últimos años.

Así pues, el debate sobre la reforma de la responsabilidad sanitaria no es nuevo y desde el plano estrictamente político debemos recordar que ya antes de ser nombrado Presidente Obama, conjuntamente con la que sería inmediatamente después su rival político en las Primarias del Partido Demócrata y colaborado-

10 THORPE, K.E., "The medical malpractice crisis: recent trends and the impact of the State Tort reforms", *cit.*, p. 24.

11 WEBEL, B., CHU, V.S. y SARATA, A.K., "Medical malpractice: Overview and Legislation in the 112th Congress", *Congressional Research Service*, 18 de junio de 2012.

12 THORPE, K.E., "The medical malpractice crisis: recent trends and the impact of the State Tort reforms", *cit.*, p. 21.



## EXHIBIT 1

### Trends In Medical Malpractice Premiums, As Percentage Change, 1998–2002

Year	Premiums earned (%)	OB-GYN premiums (%)	Internal medicine premiums (%)	General surgery premiums (%)
1998	9.1	0.3	-2.9	1.0
1999	3.9	2.1	5.1	1.1
2000	5.3	4.8	7.3	7.0
2001	14.1	10.3	9.9	12.0
2002	23.2	14.2	20.0	21.9

FUENTE: THORPE, K.E., “The medical malpractice crisis: recent trends and the impact of the State Tort reforms”, *Health Affairs*, 21 de enero 2004, p. 21.

ra en el Gabinete, Hillary Clinton, publicó un trabajo en la prestigiosa revista científica *New England Journal of Medicine* en el defendían la conveniencia de reformar el sistema de responsabilidad sanitaria. Para tales autores ello venía motivado porque el sistema de responsabilidad médica no cumplía su verdadera función y dificultaba la promoción de políticas de seguridad del paciente, ya que “*The current tort system does not promote open communication ... On the contrary, it jeopardizes patient safety by creating an intimidating liability environment ... health care providers are understandably reticent about discussing errors, because they believe that they have no appropriate assurance of legal protection. This reticence, in turn, impedes systemic and programmatic efforts to prevent medical errors*”<sup>13</sup>.

También, el anterior Presidente, George W. Bush, en el debate del Estado de la Nación (*State of the Union*) de 2006 manifestó que era necesario limitar el acceso de los pacientes a los Tribunales, ya que la propia asistencia sanitaria se ve amenazada al provocar el miedo a las reclamaciones judiciales que muchos médicos abandonen la práctica profesional<sup>14</sup>.

13 CLINTON, H.R. y OBAMA, B., “Making patient safety the centerpiece of medical liability reform”, *New England Journal of Medicine*, vol. 354, núm. 21, mayo 2006, p. 2207.

14 Vid. Informe “The great medical malpractice: NPDB Data continue to show medical liability system produces rational outcomes”, *Public Citizen*, Congress Watch, Julio 2007, p. 1. Puede accederse a dicho informe a través de la página web de la organización autora del mismo, [www.citizen.org](http://www.citizen.org). Último acceso el 25 de abril de 2013. Sin embargo, algunos estudios señalan que tal presunta *fuga de médicos* no responde a la realidad. Vid., en especial, VIDMAR, N. y MACKILLOP, K., “Judicial hellholes: Medical malpractice claims, verdicts and the “doctor exodus” in Illinois”, *Vanderbilt Law Review*,

Así pues, se trata de un antiguo debate tanto para el Partido Demócrata como para el Partido Republicano. Sin embargo, cierto es que la aprobación de la reciente reforma sanitaria promovida por el Presidente Obama ha provocado una preocupación aún mayor por esta cuestión y una mayor presencia del debate tanto en los medios de comunicación y opinión como en la propia investigación académica. Sin embargo, a este respecto, puede resultar sorprendente, como ya anunciamos antes, que la reforma del sistema de responsabilidad profesional no sea una materia de la que se ocupe la *Patient Protection and Affordable Care Act*, y ello, pese a que algún destacado político demócrata como Howard Dean ya hubiera denunciado su falta y la conveniencia de incluirla en la Ley. Incluso, según una encuesta realizada en octubre de 2009 por la *Health Coalition on Liability and Access*, un sesenta y nueve por ciento de los consultados querían que dicha reforma se incluyera en aquella<sup>15</sup>.

vol. 59, núm. 4, año 2006, pp. 1309 a 1342.

15 Howard Dean manifestó a este respecto que “*Here’s why tort reform is not in the bill. When you go to pass a really enormous bill like that, the more stuff you put in it, the more enemies you make, right? And the reason that tort reform is not in the bill is because the people who wrote it did not want to take on the trial lawyers in addition to everyone else they were taking on. And that is the plain and simple truth*”. Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, a Bill to provide for reconciliation pursuant to Section 201 of the concurrent resolution on the budget for fiscal year 2013, Sequester Replacement Reconciliation Act of 2012, p. 54. Puede accederse a dicho documento a través de la página web del Congreso, en [www.congress.gov](http://www.congress.gov). Último acceso el 2 de mayo de 2013. También, Sage y Hyman consideran que para la opinión pública la reforma de la responsabilidad médica había de formar parte de la reforma sanitaria. Vid. SAGE, W.M. y HYMAN, D.A., “Do Health Reform and Malpractice Reform fit together?”, *Law and Economics Research Paper No. 203*, University of Texas Law School, p. 6.

Tal ausencia, como veremos, podría encontrar su razón de ser en la reciente posición que un importante grupo de miembros del Partido Demócrata están adoptando en relación al problema de la responsabilidad sanitaria y al impacto que ésta parece que tiene en el incremento del gasto sanitario. Así, dichos miembros, y entre ellos, parece que su Presidente, la ausencia encuentra su justificación en que el problema real no reside en el sistema de responsabilidad, sino en la existencia aún de un importante número de errores médicos de manera que si quiere afrontarse el problema del gasto sanitario, debe hacerse a través del impulso de políticas efectivas de seguridad del paciente. Reduciendo los errores no sólo se recortan los gastos (reingresos, reintervenciones, prolongación de estancias hospitalarias, mayor prescripción de fármacos, etc), sino que también se reducen las posibilidades de que se produzcan reclamaciones frente a los médicos.

Por otro lado, parece que tal ausencia de la responsabilidad médica en la Ley de reforma sanitaria también viene justificada por la necesidad de desarrollar más estudios acerca de cuál es la mejor fórmula para que la reforma de dicho sistema de responsabilidad tenga un impacto directo en el que vamos a ver que es el principal problema, la medicina defensiva. De este modo, la Ley sólo se refiere a la responsabilidad médica de manera indirecta a través de la promoción de estudios y proyectos estatales sobre esta materia<sup>16</sup>. Así, la Ley autoriza en su Sección 10607 una provisión económica de cincuenta millones de dólares por Estado para que se promuevan estudios y proyectos que permitan una reparación de los daños sufridos por los pacientes por un procedimiento alternativo a la litigación y reduzcan los errores médicos<sup>17</sup>.

Se trata, pues, de lograr fórmulas que equilibre el derecho de los pacientes y sus familiares a verse compensados por los daños que puedan sufrir con ocasión de la asistencia sanitaria y la pretensión de los médicos de poder ejercer su profesión sin encontrarse bajo la amenaza permanente de la reclamación<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>17</sup> KACHALIA, A y MELLO, M.M., “New directions in medical liability reform”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 16, núm. 364, abril 2011, p. 1564.

<sup>18</sup> ROBERTI, R.A., “The disappearing provision: Medical Liability Reform vanishes from the Patient Protection and

En similares términos, la Sección 6801 de la Ley anima a los Estados a desarrollar y evaluar fórmulas alternativas al sistema de litigación civil para promover la seguridad de los pacientes, reducir los errores médicos y facilitar una resolución temprana y eficaz de los conflictos. Estas son, en todo caso, y como hemos apuntado antes, las dos únicas menciones que la Ley hace a la responsabilidad médica<sup>19</sup>.

Sin embargo, como veremos más adelante, el problema del gasto no parece estar en el importante número de errores médicos evitables que todavía a fecha de hoy se siguen produciendo en el sistema sanitario norteamericano, sino a otro fenómeno muy ligado a la responsabilidad médica, el de la medicina defensiva. Por ello, lo que parece evidente es que, conjuntamente con la plena eficacia de dicha Ley, que recordemos que se produce en 2014, es indispensable abordar normativamente el debate acerca de la responsabilidad médica, ya que, como se ha apuntado, el temor que los médicos tienen a verse envueltos en un litigio de responsabilidad médica “*is an obstacle to health reform’s ambition of moving physicians toward more cost-effective care*”<sup>20</sup>.

### III. ¿ES CONSTITUCIONALMENTE ADMISIBLE LA APROBACIÓN DE UNA NORMA FEDERAL EN ESTA MATERIA?

El primer problema que puede encontrar una reforma federal de la responsabilidad médica es su constitucionalidad desde la perspectiva del reparto de competencias entre la Federación y los Estados, ya que se trata de una materia que es, inicialmente

Affordable Care Act despite State Court split”, *Legislation and Policy Brief*, vol. 8, núm. 2, año 2012, p. 146.

<sup>19</sup> Los términos literales en los que se expresa dicha sección son los siguientes: “(2) *States should be encouraged to develop and test alternatives to the existing civil litigation system as a way of improving patient safety, reducing medical errors, encouraging the efficient resolution of disputes, increasing the availability of prompt and fair resolution of disputes, and improving access to liability insurance, while preserving an individual’s right to seek redress in court; and (3) Congress should consider establishing a State demonstration program to evaluate alternatives to the existing civil litigation system with respect to the resolution of medical malpractice claims*”.

<sup>20</sup> CARRIER, E.R. et al, “Physicians’ fears of malpractice lawsuits are not assuaged by Tort reforms”, *Health Affairs*, vol. 29, núm. 9, año 2010, p. 1585.

te, competencia de estos últimos<sup>21</sup>. Además, es también una cuestión sobre la que no se ha pronunciado el Tribunal Supremo directamente, no existiendo ningún precedente que resuelva acerca de la constitucionalidad de una regulación federal de la responsabilidad médica. Ciertamente es que existen algunas materias que pudieran en su momento aplicarse por analogía y respecto de las que el Tribunal Supremo ha confirmado su constitucionalidad, como es el de la responsabilidad por daños nucleares, aunque en dicho caso el enjuiciamiento de la constitucional no se llevó a cabo desde la perspectiva del reparto competencial entre la Federación y los Estados, sino desde el prisma del derecho al proceso debido (*due process clause*)<sup>22</sup>.

En todo caso, y con independencia de dichos pronunciamientos que pudieran en su momento aplicarse por analogía, en el sistema de organización territorial norteamericano como en todos los modelos descentralizados existen cláusulas que permiten corregir la asignación inicial de competencias, sobre todo, cuando deben ser satisfechos determinados intereses que trascienden al interés de los Estados y, por tanto, parece existir una base constitucional para dicha reforma. En concreto, en el modelo norteamericano se acude a dos instrumentos que permiten ampliar las competencias del Congreso en la regulación de materias que son competencia de los Estados. Se trataría de la doctrina de los poderes implícitos (*implied powers*) y la doctrina de la cláusula de comercio (*commerce clause*).

La doctrina de los poderes implícitos supone que determinadas materias cuya competencia corresponde a los Estados, pueden ser reguladas por el Congreso cuando tal regulación sea necesaria para el desarrollo de aquellas competencias que si han sido atribuidas al Congreso. De este modo, el Congreso podrá regular dichas materias cuando ello sea necesario para el ejercicio de algunos

de los poderes y competencias que sí le vienen expresamente atribuidos por la Constitución. Tal doctrina se incorpora formalmente al Derecho norteamericano a través de la decisión adoptada por el Tribunal Supremo, bajo la Presidencia del conocido *Chief Justice* John Marshall, en 1819 en el caso *McCulloch v. Maryland*<sup>23</sup>.

Por lo que a la doctrina de la *commerce clause* se refiere, ésta se fundamenta en la previsión contenida en el artículo 1, apartado 8, punto 3 de la Constitución de los Estados Unidos que dispone que el Congreso tiene competencia para regular el comercio entre los Estados. De este modo, cuando una materia, como es el sistema de *Tort Law*, pueda afectar al comercio entre más de un Estado, el Congreso se verá facultado para regular a nivel federal dicha materia<sup>24</sup>.

El origen jurisprudencial de dicha doctrina lo encontramos también en una decisión del Tribunal Supremo, presidido una vez más por el *Chief Justice* John Marshall, *Gibbons v. Ogden* 1824, aunque será a partir de la etapa de las políticas del *New Deal* promovidas durante la Presidencia de Franklin D. Roosevelt cuando, por la necesidad de que la Federación asuma la regulación de las competencias económicas para salvar la crisis económica, dicha doctrina se generalice (véase, principalmente, *Wickard v. Filburn*, 1942).

Para determinar cuando el Congreso ha actuado correctamente en el ejercicio de dicha cláusula, se atiende a diferentes elementos, tales como si la actividad objeto de regulación es una actividad económica, si dicha actividad económica está relacionada con el comercio, si la actividad en su conjunto tiene

23 Vid. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

24 Una doctrina jurisprudencial similar a esta puede encontrarse en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que acude también al principio de libre mercado como instrumento para promover la regulación por parte de las instituciones europeas de determinadas competencias que, en principio, corresponden a los Estados miembros. Véase, por ejemplo, la Sentencia de 18-X-2011, “*Brüstle v. Greenpeace e. V.*”, Asunto C-34/10, sobre la patentabilidad de los embriones en la que se manifiesta, literalmente, que “*The lack of a uniform definition of the concept of human embryo would create a risk of the authors/creators of certain biotechnological inventions being tempted to seek their patentability in the Member States which have the narrowest concept of human embryo and are accordingly the most liberal as regards possible patentability, because those inventions would not be patentable in the other Member States. Such a situation would adversely affect the smooth functioning of the internal market which is the aim of the Directive*”.

21 Recuérdese que la Enmienda X de la Constitución de los Estados Unidos se expresa en los términos habituales de las reglas que regulan el reparto de competencias en un Estado federal por asociación y dispone, literalmente, que “*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people*”.

22 Véase, *Duke Power Company v. Carolina Environmental Study Group, Inc.*, 1978. Vid. ROBERTI, R.A., “The disappearing provision: Medical Liability Reform vanishes from the Patient Protection and Affordable Care Act despite State Court split”, *cit.*, p. 157.

efectos sobre el comercio y si dichos efectos se extienden a un ámbito interestatal.

Pues bien, al amparo de ambas doctrinas, puede perfectamente mantenerse que el Congreso puede regular la reforma de la responsabilidad médica pese a que dicha materia no sea inicialmente de su competencia.

En primer lugar, desde la perspectiva de la doctrina de los poderes implícitos, el Congreso será competente en la medida que dicha reforma se considere indispensable para frenar el gasto sanitario y, por tanto, para permitir un desarrollo efectivo de la reforma sanitaria aprobada en 2010 o, incluso, de otros programas nacionales ya existentes de asistencia sanitaria como son *Medicare* y *Medicaid*. Si la citada reforma de la responsabilidad médica queda interrelacionada con tal reforma del sistema sanitaria y con la contención del gasto sanitario<sup>25</sup>, las facultades del Congreso son evidentes, al amparo de sus poderes implícitos.

En segundo lugar, desde la perspectiva de la cláusula de comercio, si se admite que el sistema de responsabilidad médica afecta a la circulación de empresas sanitarias, médicos o pacientes entre Estados, puede perfectamente afirmarse que dicha reforma incide necesariamente en el comercio (*cross-border impact*)<sup>26</sup>.

Además, no debe olvidarse tampoco que el propio Tribunal Supremo ha admitido la regulación estatal sobre determinadas prácticas de la medicina<sup>27</sup>, lo que permite sostener que la reforma estatal de la responsabilidad médica no ha de plantear problema alguno desde el punto de vista constitucional y del reparto de las competencias<sup>28</sup>.

25 BEHRENS, M.A., “The constitutional foundation for federal medical liability reform”, American Tort Reform Association (ATRA), mayo 2011, p. 3. Puede accederse a dicho trabajo a través de la página web de la *American Tort Reform Association*, en [www.atra.org](http://www.atra.org). Último acceso el 2 de mayo de 2013.

26 BEHRENS, M.A. y SILVERMAN, C., “The constitutional foundation for federal medical liability reform”, *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 15, año 2012, p. 177.

27 Vid. *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007). En dicha Sentencia, el Alto Tribunal declaró que “legislative power, exercised in this instance under the Commerce Clause, to regulate the medical profession”. Vid. apartado IV B *in fine*.

28 Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., *cit.*, p. 394.

También puede invocarse a favor de esta competencia federal que ya existen reformas del sistema de responsabilidad civil, incluso, en el ámbito sanitario, que han sido aprobadas hace tiempo por el Congreso y cuya tacha de inconstitucionalidad no ha sido nunca planteada. El ejemplo paradigmático de ello sería el caso del sistema de compensación económica de los daños derivados por las políticas públicas de vacunación obligatoria (*National Vaccine Injury Compensation Program*) que se aprobó a través de una reforma federal de 1986, mediante la *National Childhood Vaccine Injury Act*, incorporada al Título 21, apartado 2 de la *Public Health Service Act*<sup>29</sup>.

Por último, en relación a este debate acerca de la constitucionalidad de una reforma federal del sistema de responsabilidad médica, resulta curioso comprobar como los dos grandes partidos intercambian sus posiciones originales y habituales al respecto. Así, el Partido Republicano que se ha mostrado tradicionalmente bastante poco favorable a extender los poderes reguladores del Estado federal, salvaguardando en gran número de ocasiones la posición de los Estados, considera que cabe una regulación estatal al amparo de la doctrina del *commerce clause*. Más aún, defiende que no sólo es posible tal regulación estatal, sino que incluso es necesaria en orden a garantizar la libertad de circulación de profesionales sanitarios y pacientes: “Furthermore, federal legislation is needed to stem the flow of doctors from one state to another, as they flee states to avoid excessive liability costs. Doctors should feel free to practice medicine wherever they want in this country, and patients everywhere should be able to obtain the medical care they need”<sup>30</sup>. El problema radica para dicho Partido en que la diferencia entre los modelos de responsabilidad sanitaria de los diferentes Estados provoca un tránsito de profesionales de aquellos en los que el sistema no ha sido reformado a aquellos que están aprobando diferentes reformas y cuyos Tribunales han refrendado las mismas<sup>31</sup>.

29 Sobre el régimen jurídico de las vacunas y dicho modelo de responsabilidad objetiva, puede verse, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Rechazo a las políticas públicas de vacunación. Análisis constitucional del conflicto desde los sistemas español y norteamericano”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, enero-diciembre 2013, pp. 203 a 237.

30 Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., *cit.*, p. 392.

31 ROBERTI, R.A., “The disappearing provision: Medical

Por el contrario, el Partido Demócrata que tradicionalmente se ha mostrado muy favorable a extender las competencias reguladoras del Congreso en detrimento de la posición de los Estados, algo que, por cierto, defendió vivamente con ocasión de los debates en ambas Cámaras en el trámite de aprobación de la *Patient Protection and Affordable Care Act*, se muestra en este ámbito de la reforma de la responsabilidad médica, tan directamente conectado con aquélla, mucho más remiso a la hora de admitir las competencias del Congreso en la materia. Más aún, el Partido Demócrata duda acerca de la constitucionalidad de dicha reforma cuando precisamente ha defendido la constitucionalidad de la regulación de un sistema sanitario a nivel federal, llegando a tachar a aquella de asalto a los derechos de los Estados (*assault on States' rights*)<sup>32</sup>.

#### IV. ¿ES EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SANITARIA EL VERDADERO PROBLEMA?

Una de las cuestiones más controvertidas que se plantea en el debate acerca de la reforma de la responsabilidad sanitaria es la de cuál es realmente el impacto de dicho fenómeno en el gasto sanitario y, correlativamente, qué efectos y, sobre todo, qué ahorro puede suponer para el sistema sanitario su posible reforma. Así, hay un importante número de autores e instituciones que consideran que la responsabilidad sanitaria y, más concretamente, los gastos derivados de los litigios sobre responsabilidad sanitaria tienen un impacto menos relevante del que tradicionalmente se le ha venido atribuyendo.

De este modo, una opinión doctrinal que empieza ya a generalizarse es que el problema no deriva del sistema de responsabilidad médica, sino de un fenómeno que, si bien va muy ligado a éste, es de naturaleza distinta y, por tanto, exigiría una respuesta distinta a la reforma de responsabilidad o, al menos, una respuesta algo matizada. El pro-

blema principal sería pues el de la medicina defensiva<sup>33</sup>. Por tanto, cualquier reforma que no fuera encaminada a reducir dicho fenómeno estaría necesariamente abocada al fracaso. Así, se ha manifestado de manera relevante para el debate que nos ocupa que “*tort reform may not reduce defensive medicine if it does not change physicians' perception of the liability climate—even if reform does, in fact, reduce liability risk*”<sup>34</sup>.

Esta posición, además, parece reforzarse si se atiende a la evolución de las reclamaciones e indemnizaciones en los últimos años. Así, por ejemplo, en 2009, se produjeron 10.739 reclamaciones de responsabilidad sanitaria que fueron indemnizadas, número un 27,6 por ciento inferior al año 2003<sup>35</sup>. Por tanto, parece que el problema no puede atribuirse, en cuanto al aumento del gasto se refiere, a un incremento notable de las reclamaciones de responsabilidad médica<sup>36</sup>. Se ha establecido, de este modo, que el gasto derivado de los litigios de responsabilidad médica no supone más de un dos por ciento del total del gasto sanitario, de manera que una reducción que alcanzara, incluso, un tercio de tal coste no tendría un impacto significativo<sup>37</sup>.

33 Téngase en cuenta que el impacto del precio del seguro de responsabilidad profesional tiene en el gasto sanitario total no es muy relevante, ya que el total del importe de primas ascendió en el año 2010 a los 10,2 mil millones de dólares mientras que el gasto total en sanidad alcanzó ese mismo año los 2,6 billones de dólares. Vid. WEBEL, B., CHU, V.S. y SARATA, A.K., “Medical malpractice: Overview and Legislation in the 112th Congress”, *cit.*, p. 1. Para Thomas, Ziller y Thayer el coste de las primas de seguro supone menos del dos por ciento del gasto total en sanidad. Vid. THOMAS, J.W., ZILLER, E.C. y THAYER, D.A., “Low costs of defensive medicine, small savings from Tort Reform”, *Health Affairs*, vol. 29, núm. 9, año 2010, p. 1578.

34 PAIK, M. et al., “Will Tort Reform bend the cost curve? Evidence from Texas”, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 9, núm. 2, junio 2012, p. 180.

35 WEBEL, B., CHU, V.S. y SARATA, A.K., “Medical malpractice: Overview and Legislation in the 112th Congress”, *cit.*

36 ROTHSTEIN, M.A., “Health Care Reform and medical malpractice claims”, *cit.*, p. 874.

37 VV. AA., “Limiting tort liability for medical malpractice”, *Economic and Budget Issue Brief 1*, Congressional Budget Office, 8 de enero de 2004, p. 6. Vid., también, EDWARDS, C.T., “The impact of a no-fault tort reform on physician decision-making: A look at Virginia’s birth injury program”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 80, núm. 1, año 2010, p. 287.

Liability Reform vanishes from the Patient Protection and Affordable Care Act despite State Court split”, *cit.*, p. 147.

32 Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., *cit.*, p. 135.

**Table I. Percentage Change in the Number of Paid Medical Malpractice Claims (2003–2009) and Claims Per 100,000 Population (2009)**

State	% Change in Number of Claims (2003-2009)	Claims Per 100,000 (2009)	State	% Change in Number of Claims (2003-2009)	Claims Per 100,000 (2009)
AL	-37.5	0.650	MT	-37.9	3.759
AK	-36.8	1.770	NE	-41.5	2.723
AZ	-43.6	2.630	NV	-35.0	2.490
AR	-29.4	1.694	NH	0.00	3.591
CA	-30.7	2.499	NJ	-19.9	5.441
CO	-23.0	2.515	NM	13.7	4.201
CT	-51.9	2.980	NY	-26.5	6.712
DE	-71.9	2.070	NC	-47.8	1.191
DC	-52.4	3.393	ND	-45.5	2.857
FL	-38.7	4.232	OH	-65.4	1.744
GA	-35.6	2.116	OK	0.00	3.677
HI	-35.4	2.517	OR	-34.2	1.931
ID	-28.1	1.513	PA	-38.3	6.203
IL	-42.4	2.225	RI	-40.8	4.057
IN	-56.4	2.913	SC	-28.3	2.559
IA	-39.7	2.367	SD	-35.1	3.027
KS	-29.4	2.612	TN	-12.3	2.182
KY	-53.2	2.414	TX	-56.5	1.910
LA	-02.9	6.080	UT	-08.8	3.012
ME	-16.7	2.306	VT	-34.6	2.763
MD	-36.0	3.184	VA	-35.5	1.544
MA	23.7	4.741	WA	-37.3	1.848
MI	-40.2	3.477	WV	-23.8	4.462
MN	-40.4	1.078	WI	-42.0	1.168
MS	-34.0	2.361	WY	-45.8	2.436
MO	-26.9	2.776			

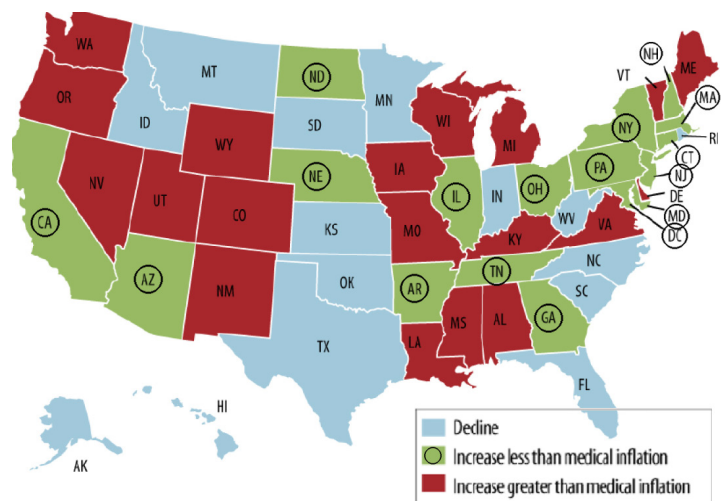
Fuente: CRS analysis of Kaiser Foundation data.

La evolución de las reclamaciones en el periodo 2003-2009 puede apreciarse en la tabla anterior<sup>38</sup>.

Así, sólo dos Estados, Massachusetts y Nuevo México, han experimentado un incremento de reclamaciones indemnizadas en dicho periodo 2003-2009 y, por el contrario, en otros seis Estados, Connecticut, Delaware, Indiana, Kentucky, Ohio y Texas, y en el Distrito Columbia, se aprecian descensos de más del cincuenta por ciento de las reclamaciones indemnizadas. Cierto es que la media del importe de reclamación indemnizada es superior en 2009 (323.273 dólares frente a los 289.891 en 2003), pero este dato habría que relativizarlo si se atiende a la inflación.

En el siguiente gráfico pueden comprobarse cuales son los Estados en los que el importe medio de

las indemnizaciones, bien ha disminuido en general, o bien es inferior en comparación con la inflación<sup>39</sup>:



38 WEBEL, B., CHU, V.S. y SARATA, A.K., “Medical malpractice: Overview and Legislation in the 112th Congress”, *cit.*

39 *Ibidem*

Por tanto, parece que el problema no es el incremento de la responsabilidad médica, sino el incesante incremento de la medicina defensiva y de los sobrecostes que ello conlleva en el sistema sanitario<sup>40</sup>.

Por medicina defensiva debe entenderse aquella práctica asistencial que, en la evaluación de las pruebas o tratamientos que han de aplicarse en un proceso clínico concreto, atiende más al riesgo de que el profesional sea objeto de una reclamación por parte del paciente o sus familiares que a la evidencia científica o utilidad terapéutica. Así pues, se trataría del empleo por el médico de los procedimientos y medios diagnósticos y terapéuticos con el principal fin de evitar ser demandado o reclamado judicialmente<sup>41</sup>.

La organización *Jackson Healthcare*, autora de uno de los principales estudios sobre la incidencia de la medicina defensiva en Estados Unidos<sup>42</sup>, ha definido ésta en los siguientes términos: “*the practice of ordering medical tests, procedures or consultations of doubtful clinical value in order to protect the prescribing physician from malpractice lawsuits*”. Así pues, se considera que el temor al litigio es lo que preside la misma (“*Fear of litigation has been cited as the driving force behind defensive medicine*”), adoptando, además, dos modalidades de conducta: la de excesiva cautela o precaución y la de evasión (*assurance behavior and avoidance behavior*). En el primer caso, el profesional solicita más servicios de los necesarios con el fin de reducir los resultados adversos, disuadir al paciente de reclamar o poder

acreditar que actuó de acuerdo con las exigencias de la buena praxis. En el segundo caso, en el que se desarrolla una conducta de evasión, el profesional rechaza llevar a cabo determinados actos de riesgo o participar en ellos por la posibilidad de verse envuelto en el futuro en un litigio de responsabilidad<sup>43</sup>.

Ambas conductas tienen un impacto notable en el gasto sanitario, ya que, si bien la primera de las descritas produce un incremento de pruebas y tratamientos sin beneficio terapéutico relevante, la segunda también afecta desde un punto de vista económico porque supone la aplicación de pruebas o tratamientos que con un diagnóstico o tratamiento precoz se hubieran evitado o al menos minorado desde la perspectiva del coste.

Otra definición de medicina defensiva sería la dada por la Oficina de Evaluación Tecnológica del Congreso de los Estados Unidos: “*when doctors order tests, procedures, or visits, or avoid certain high-risk patients or procedures, primarily (but not solely) because of concern about malpractice liability*”<sup>44</sup>.

Sin embargo, estas definiciones han sido matizadas por algunos autores en la medida que solamente recogen una dimensión de la medicina defensiva que no tiene en cuenta los posibles beneficios que de tales prácticas pueden derivarse para los pacientes. En este sentido, se ha definido como la actividad consistente en “*administering “precautionary treatments with minimal expected medical benefit out of fear of legal liability*”<sup>45</sup>. Esta definición aceptaría que la medicina defensiva no supone necesariamente un perjuicio para el paciente, ya que puede existir un beneficio aunque sea mínimo<sup>46</sup>.

Por lo que se refiere al impacto que la medicina defensiva tiene en el gasto sanitario en Estados Unidos, el Instituto *Gallup* y la consultora sanitaria *Jackson Healthcare* consideran, según el resultado de una

40 También existen algunas voces discrepantes, aunque son las menos. Así, Thomas, Ziller y Thayer consideran que “*defensive medicine practices exist and are widespread, but their impact on medical care costs is small*”. Vid. THOMAS, J.W., ZILLER, E.C. y THAYER, D.A., “Low costs of defensive medicine, small savings from Tort Reform”, *cit.*, p. 1583.

41 ARIMANY MANSO, J., “La medicina defensiva: un peligroso boomerang”, *Humanitas Humanidades Médicas*, núm. 12, febrero de 2007, pp. 22 a 24; y GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 48 a 52. Parsons considera que no dejar la valoración de toda la actuación del médico a la lógica de los controles formales (procesos judiciales, disciplinarios, etc.) permite dar confianza al médico en el desempeño de sus funciones y una cierta audacia para utilizar procedimientos arriesgados aunque aconsejables, lo que no tendría en una situación mucho más burocratizada. Ciertamente, para Parsons esa reducción de los controles formales provocará, en ocasiones, cierta cantidad de abuso. Sin embargo, tiene una significación funcional. Vid. PARSONS, T., *El sistema social*, Alianza Universidad, Madrid, 1982, p. 436.

42 El estudio que lleva por título “A costly defense: physicians sound off on the high price of defensive medicine in the US”, se ha realizado a partir de tres encuestas llevadas a cabo con 3.000, 1.400 y 1.500 médicos, respectivamente. Puede accederse a dicho estudio a través de la página web [www.defensivemedicine.org](http://www.defensivemedicine.org). Último acceso el 2 de mayo de 2013.

43 *Ibidem*.

44 Vid. U.S. Congress Office of Technology Assessment. *Defensive medicine and medical malpractice*, 1994. Puede accederse a dicho informe a través de la página web <http://biotech.law.lsu.edu/policy/9405.pdf>. Último acceso el 1 de mayo de 2013.

45 KESSLER, D. y MCCLELLAN, M., “Do doctors practice defensive medicine?”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 111, núm. 2, año 1996, p. 354.

46 Desde una perspectiva más económica que jurídica, se ha definido como aquel gasto que excede del importe socialmente óptimo. Vid. MELLO, M.M. et al., “National costs of the medical liability system”, *Health Affairs*, vol. 9, núm. 29, septiembre 2010, p. 1573.

encuesta llevada a cabo con cuatrocientos sesenta y dos médicos entre los meses de diciembre de 2009 y enero de 2010, que el veintiséis por ciento del total de gasto sanitario puede ser atribuido a prácticas de medicina defensiva. Así, se estima que uno de cuatro dólares que se gastan en asistencia sanitaria responde a la rutinaria práctica de la medicina defensiva, lo que podría traducirse en cuatrocientos ochenta mil millones de dólares anuales. Más concretamente, el *Instituto Gallup* señala que los médicos consideran que el treinta y cinco por ciento de las pruebas diagnósticas, el veintinueve por ciento de las pruebas de laboratorio, el catorce por ciento de las prescripciones, el diecinueve por ciento de las hospitalizaciones y el ocho por ciento de las cirugías fueron realizados para evitar problemas legales<sup>47</sup>.

Para consultora PwC, según recoge en un informe de 2010 bajo el título “*The price of excess. Identifying waste in healthcare spending*”, la medicina defensiva constituye una de las tres principales causas de gasto injustificado en el sistema de salud, alcanzando la cifra de doscientos diez mil millones de dólares al año<sup>48</sup>. Dicho importe es más de diez veces superior, por ejemplo, al importe de gasto que suponen los errores médicos, que dicha consultora cifra en diecisiete mil millones.

Otras instituciones como *Patients for Fair Compensation (Bioscience Valuation)* estiman que el coste anual en medicina defensiva puede superar la cifra anterior y alcanzar los seiscientos cincuenta mil millones de dólares anuales. Otros estudios lo reducen a algo más de cuarenta y cinco mil millones de dólares en el año 2008<sup>49</sup>.

Como ya hemos apuntado antes, la organización *Jackson Healthcare* ha elaborado el que puede considerarse como principal estudio sobre la medicina defensiva en el sistema sanitario de los Estados Unidos. Este estudio se ha desarro-

llado en los últimos cinco años y de él resultan datos de especial interés. Así, puede destacarse, desde la perspectiva de los pacientes, que los que más frecuentemente sufren los efectos de la medicina defensiva son los que requieren cirugía o los que acuden a los servicios de Urgencias, siendo las mujeres las más expuestas (curiosamente, un estudio de la *American Medical Association* –AMA– establece que los varones son los que reciben mayor número de reclamaciones en comparación con las mujeres que ejercen la medicina). Desde la perspectiva de los profesionales, los médicos de urgencias, los de atención primaria y los ginecólogos y obstetras son quienes practican más habitualmente la medicina defensiva, siendo habitualmente profesionales jóvenes y mujeres los que se ven más afectados por el temor a las reclamaciones. También el temor a la demanda se aprecia más en el sector privado que en el sector público, lo que se achaca a *Federal Tort Claims Act*<sup>50</sup>.

En el estudio llevado a cabo por BISHOP y otros y en el que más de mil doscientos médicos contestaron a dos preguntas concretas que se les formularon: “(1) *Do physicians order more tests and procedures than patients need to protect themselves from malpractice suits?*”; and, (2) *Are protections against unwarranted malpractice lawsuits needed to decrease the unnecessary use of diagnostic tests?*”, se obtuvo el dato de que un noventa y uno por ciento de los médicos admite que sus decisiones se ven afectadas por el temor a las reclamaciones<sup>51</sup> (ver tabla página siguiente).

Otros estudios establecen un porcentaje del ochenta y tres por ciento<sup>52</sup> y de noventa y tres por ciento de médicos afectados por el temor a las reclamaciones<sup>53</sup>.

47 Puede accederse a dichos datos a través de la página web de Gallup en [www.gallup.com](http://www.gallup.com) y en la de Jackson Healthcare en [www.jacksonhealthcare.com](http://www.jacksonhealthcare.com). Último acceso el 24 de abril de 2013.

48 Puede accederse a dicho informe a través de la página web de la citada consultora en [www.pwc.com](http://www.pwc.com). Último acceso el 24 de abril de 2013. Puede encontrarse una crítica de dicho informe en BAKER, T., KRITZER, H. y VIDMAR, N., “*Jackpot Justice and the American Tort System: Thinking beyond junk science*”, *Legal Studies Research Paper Series*, Paper num. 95, William Mitchell College of Law, año 2008, p. 6.

49 MELLO, M.M. et al, “National costs of the medical liability system”, *cit.*, p. 1576.

50 Vid. Informe “A costly defense: physicians sound off on the high price of defensive medicine in the US”, elaborado por *Jackson Healthcare*. Puede accederse a dicho informe a través de la página web, [www.defensivemedice.com](http://www.defensivemedice.com). Último acceso el 2 de mayo de 2013.

51 BISHOP, T.F., FEDERMAN, A.D. y KEYHANI, S., “Physicians’ views on defensive medicine: A national survey”, *Archives of Internal Medicine*, vol. 170, núm. 12, junio 2010, p. 1081.

52 Vid. *Investigation of defensive medicine in Massachusetts*, noviembre 2008. Puede accederse a dicho estudio a través de la página web de la *Massachusetts Medical Society* en [www.massmed.org](http://www.massmed.org). Último acceso el 2 de mayo de 2013.

53 Vid. STUDDERT, D. et al., “Defensive medicine



**Table. Do Physicians Order More Tests and Procedures Than Patients Need to Protect Themselves From Malpractice Suits?**

	Agree, %	Unsure, %	Disagree, %	P Value
Overall	91.0	2.5	6.6	
Sex				
Male	92.6	2.1	5.3	.01
Female	86.5	3.6	9.9	
Specialty <sup>a</sup>				
Primary care	91.2	1.8	7.0	.35
Nonsurgical specialists	88.6	3.5	7.9	
Surgical specialists	92.5	2.5	5.0	
Other specialists	93.8	1.7	4.5	
Census division				
Pacific	88.8	3.5	7.7	.97
Mountain	92.3	1.0	6.7	
West North Central	90.6	2.2	7.2	
West South Central	90.0	2.1	8.0	
East North Central	94.0	1.2	4.8	
East South Central	94.1	2.1	3.8	
South Atlantic	91.5	2.7	5.9	
Middle Atlantic	88.5	3.8	7.7	
New England	91.2	1.8	7.1	
Practice location				
Rural	95.0	2.6	2.4	.19
Urban	90.5	2.5	7.0	
Practice type				
Office	91.0	2.7	6.3	.61
Other	90.7	1.8	7.5	
Patient care, h				
>20	91.1	2.4	6.5	.99
≤20	91.3	2.4	6.4	
Practice owner				
Yes	89.7	3.2	7.1	.17
No	92.6	1.6	5.8	
Source of income				
Salary only	87.4	3.5	9.1	.28
Salary plus bonus	93.3	2.2	4.4	
Billing only	90.6	2.4	7.0	
Shift work or hourly wages	96.0	0.0	4.0	
Other	89.4	2.8	7.8	
AMA member				
Yes	91.5	2.2	6.4	.90
No	90.9	2.7	6.5	

La organización *Common Good* que promueve el desarrollo de una cultura en Estados Unidos contraria a la litigiosidad en diferentes ámbitos, y entre ellos, en el ámbito de la Sanidad<sup>54</sup>, llevó también a cabo un estudio de campo sobre cómo el temor a las reclamaciones afectaba a la práctica asistencial de los médicos a través de una encuesta. Según sus resultados, el temor a sufrir una reclamación por mal praxis incide en la calidad de la asistencia que prestan a los pacientes tres de cada cuatro médicos. La pregunta que plantearon era la siguiente: “*En términos generales, en qué medida considera que el temor a las reclamaciones judiciales impide a los profesionales de*

*la medicina discutir y debatir abiertamente sobre las formas de reducir los errores médicos*”. Un cincuenta y nueve por ciento de los consultados contestaron que mucho. Además, casi un tercio de los encuestados admitieron que, pese a mostrarse interesados en desarrollar determinada especialidad, habían desistido de ello por el único motivo del riesgo legal que ello suponía<sup>55</sup>.

Otros estudios también confirman que el temor a las reclamaciones judiciales y la práctica de medicina defensiva puede apreciarse en más de dos tercios de los profesionales<sup>56</sup> (ver tabla página siguiente).

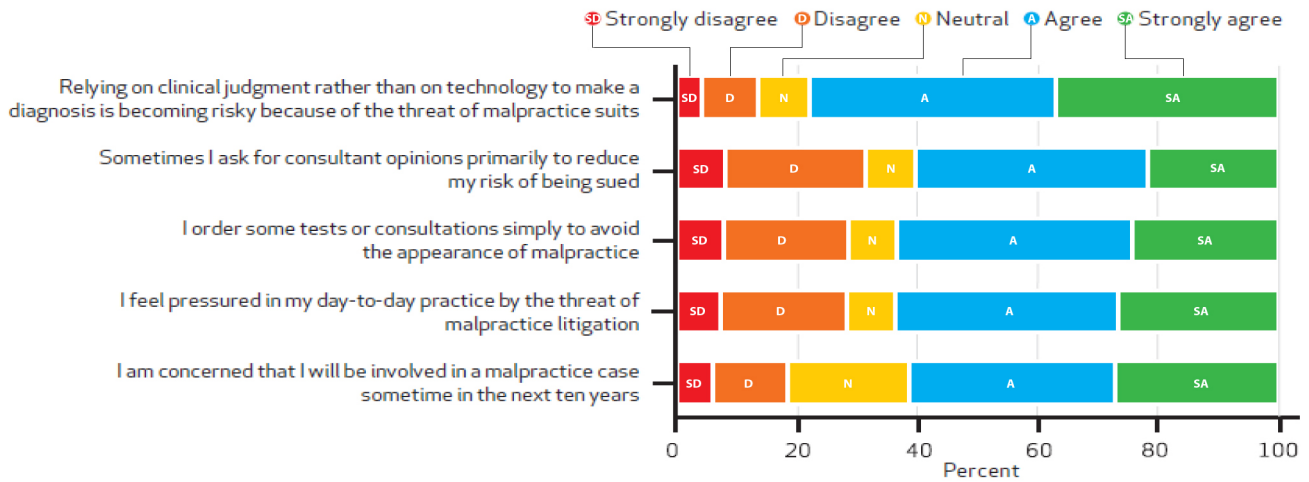
among high-risk specialist physicians in a volatile malpractice environment”, *Journal of American Medical Association JAMA*, 1 de junio 2005, pp. 2609 a 2617.

54 Puede obtenerse más información sobre dicha organización que desarrolla una interesante actividad en contra de la excesiva litigiosidad en la que se encuentra inmersa la sociedad norteamericana, en [www.commongood.org](http://www.commongood.org). Último acceso el 2 de mayo de 2013.

55 Vid. “The Fear of Litigation Study: The impact on medicine Executive Summary”, *Common Good*, abril 2002. Puede accederse a dicho informe a través de la siguiente dirección de internet: <http://www.ourcommongood.com/lit-report.pdf>. Último acceso el 2 de mayo de 2013.

56 CARRIER, E.R. et al, “Physicians’ fears of malpractice lawsuits are not assuaged by Tort reforms”, *cit.*, p. 1587.

**Physicians' Level Of Agreement With Items In The Malpractice Concerns Scale, 2008**



SOURCE Center for Studying Health System Change (HSC) Health Tracking Physician Survey, 2008.

**Adjusted Percentage Of Items In The Malpractice Concerns Scale With Which Physicians Agreed Or Strongly Agreed, By Specialty, 2008**

Specialty	% of physicians	Composite score <sup>a</sup>	Defensive medicine subscore <sup>b</sup>	Malpractice concern subscore <sup>c</sup>
All physicians	100.0	65.4	62.0	67.7
Emergency physicians	5.8	82.0***	77.3***	83.3***
Obstetrician-gynecologists	6.6	77.2***	68.5	81.0***
Surgical specialists	21.3	71.4***	65.5	75.3***
Adult primary care physicians (reference group)	31.1	66.4	66.5	65.8
Pediatric specialists	2.1	59.6	50.8***	62.5
Adult cognitive specialists <sup>d</sup>	10.3	59.0***	55.8***	61.7**
Adult procedural specialists <sup>d</sup>	8.2	58.6***	51.5***	65.8
General pediatricians	7.6	57.4***	56.3***	56.3***
Psychiatrists (adult and pediatric)	6.9	51.4***	43.8***	54.2***

SOURCE Center for Studying Health System Change (HSC) Health Tracking Physician Survey, 2008. NOTES Adjusted for physician's sex, years in practice, and practice type; number of physicians in practice; percentage of revenue from Medicare and from Medicaid; percentage of patients with chronic illnesses; and percentage of patients who are members of a racial or ethnic minority group. Percentages may not add to 100 percent because of rounding. <sup>a</sup>Percentage of statements with which physicians agreed or strongly agreed. <sup>b</sup>Percentage of statements related to defensive ordering of tests or consultations with which physicians agreed or strongly agreed. <sup>c</sup>Percentage of statements related to overall concern regarding malpractice with which physicians agreed or strongly agreed. <sup>d</sup>Cognitive specialists' primary role involves providing diagnostic or therapeutic advice to reduce clinical uncertainty or recommend a course of treatment. Procedural specialists' primary role involves performing a technical procedure to aid diagnosis, cure a condition, identify and prevent new conditions, or palliate symptoms. See Forrest C. A typology of specialists' clinical roles. Arch Intern Med. 2009;169(11):1062-8. \*\*p < 0.05 \*\*\*p < 0.01

Sin embargo, la preocupación por la responsabilidad y la práctica de medicina defensiva varía en función de la especialidad médica<sup>57</sup> (tabla anterior).

57 Según los resultados de un estudio que analiza el riesgo legal de las diferentes especialidades entre los años 1991 y 2005, las que presentarían mayor riesgo serían neurocirugía (19,1%), cirugía torácica y cardiovascular (18,9%), cirugía

general (15,3%), cirugía ortopédica (14,8%), cirugía plástica (13%), obstetricia y ginecología (12%) y urología (10,5%). Por el contrario, las de menor riesgo son anatomía patológica, dermatología, medicina familiar, pediatría y psiquiatría. Vid. CIOFU, C., "The frequency and severity of medical malpractice claims: high risk and low risk specialties", *Maedica a Journal of Clinical Medicine*, vol. 6, núm. 3, 2011, p. 230.

Se han establecido como conductas más comunes en las que se ha atendido preferentemente al temor a sufrir una reclamación y no a criterios estrictamente médicos las siguientes<sup>58</sup>:

- a) La prescripción de pruebas (79%).
- b) La remisión del paciente a otro especialista (74%).
- c) La prescripción de pruebas diagnósticas invasivas tales como biopsias (51%).
- d) La prescripción de más medicamentos tales como antibióticos (41%).

Otro dato interesante del estudio de *Common Good* es que el noventa y cuatro por ciento de los consultados considera que la cumplimentación de la documentación sanitaria, tal y como sería la historia clínica, se ve muy influida por el temor a las reclamaciones. También, un treinta y ocho por ciento admite que, por tal motivo, su relación con los pacientes es ahora menos personal.

Por último, una amplia mayoría de los encuestados, un ochenta y tres por ciento, no confían en el actual sistema de Justicia y en que puedan obtener una decisión razonable en el caso de ser demandados. Así, los médicos preferirían de manera unánime que los casos de responsabilidad se resolvieran por Tribunales integrados por profesionales médicos independientes y otros expertos con autoridad para revisar y decidir los casos de daños sanitarios.

Igualmente, se ha señalado que la medicina defensiva puede incidir también en el desarrollo de la innovación de los tratamientos médicos, ya que varios profesionales consultados, en concreto, un cincuenta y tres por ciento de los consultados, reconocen no haber aplicado terapias innovadoras por miedo a la reclamación judicial<sup>59</sup>. De este modo, la medicina defensiva afecta directamente a la calidad y mejora de la asistencia sanitaria. El desarrollo de protocolos médicos basados en la evidencia se muestra harto difícil en el marco de la medicina defensiva si los profesionales consideran que seguirlos les sitúa

en posición de riesgo legal (“*Malpractice concerns could have an impact on health care reform efforts to improve efficiency and quality in health care, such as the promotion of the use of comparative effectiveness data, if physicians believe that following comparative effectiveness-based guidelines leaves them vulnerable to malpractice suits*”)<sup>60</sup>.

Otro problema que provoca dicho temor a la reclamación es el abandono del ejercicio profesional, sobre todo, en determinadas especialidades como obstetricia y ginecología y traumatología<sup>61</sup>. Varias opiniones apuntan que este fenómeno afecta singularmente a las mujeres que ya encuentran en algunos Estados dificultades para acceder a profesionales cualificados en el ámbito de la ginecología, del seguimiento del embarazo y asistencia en el parto y en el del control y prevención del cáncer de mama<sup>62</sup>. Así, una encuesta realizada por el *American College of Obstetricians and Gynecologists* (ACOG) en 2009 señala que el sesenta y tres por ciento de los obstetras y ginecólogos han cambiado su práctica debido al temor a sufrir una reclamación judicial e, incluso, entre siete y ocho por ciento han dejado de ejercer la obstetricia. Debido a ello, la edad media de retiro de los obstetras se sitúa ahora a los cuarenta y ocho años<sup>63</sup>. En Hawaii, por ejemplo, en 2007, un cuarenta y dos por ciento de los obstetras habían dejado de prestar asistencia médica durante el embarazo<sup>64</sup>. También resulta llamativo el dato de que mientras quienes ejercen la ginecología pagan una prima de seguro de catorce mil dólares anuales, los que ejercen la obstetricia superan el importe de cien mil dólares<sup>65</sup>.

60 BISHOP, T.F., FEDERMAN, A.D. y KEYHANI, S., “Physicians’ views on defensive medicine: A national survey”, *cit.*, p. 1081.

61 Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, a Bill to provide for reconciliation pursuant to Section 201 of the concurrent resolution on the budget for fiscal year 2013, Sequester Replacement Reconciliation Act of 2012, p. 379. Puede accederse a dicho documento a través de la página web del Congreso, en [www.congress.gov](http://www.congress.gov). Último acceso el 2 de mayo de 2013.

62 *Ibidem*, pp. 384 y 385.

63 Vid. “Liability issues continue to cause changes in practice”, *ACOG Today*, septiembre 2009, pp. 1 y 10. Puede accederse a dicha publicación a través de la página web del *American College of Obstetricians and Gynecologists* (ACOG), en [www.acog.org](http://www.acog.org). Último acceso el 2 de mayo de 2013.

64 Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., *cit.*, p. 384.

65 OTIS, L., “The doctor drain”, *New Jersey Monthly*, 5 de febrero de 2008.

58 Vid. “The Fear of Litigation Study: The impact on medicine Executive Summary”, *Common Good*, abril 2002. Puede accederse a dicho informe a través de la siguiente dirección de internet: <http://www.ourcommongood.com/lit-report.pdf>. Último acceso el 2 de mayo de 2013.

59 Vid. Informe “A costly defense: physicians sound off on the high price of defensive medicine in the US”, *cit.*

Los estudios también consideran que, contrariamente a lo que se ha venido manteniendo, la medicina defensiva tiene mayor impacto en la decisión del médico acerca de la prescripción de un fármaco que la percepción por ello de una compensación económica<sup>66</sup>. Sin embargo, esto no resulta muy claro, ya que el propio modelo de organización del sistema sanitario en Estados Unidos fomenta el uso abusivo de actos y tratamientos médicos. El sistema se fundamenta esencialmente en un modelo *fee-for-service*, lo que provoca que a mayor número de actos o tratamientos, mayor retribución. Además, tampoco existe incentivo alguno para los pacientes que promueva un uso racional del sistema, ya que, con independencia del uso, habitualmente el precio del seguro es el mismo para un colectivo de pacientes<sup>67</sup>.

También parecen mostrar que no se trata de un problema que derive de un pequeño grupo de profesionales que siguen actuando de manera incorrecta de manera que el sistema de responsabilidad es indispensable para que no lo sigan haciendo. Este es considerado uno de los mitos de la responsabilidad médica, y de acuerdo con un análisis del *Practitioner Data Bank* (NPDB), llevado a cabo por la organización *Public Citizen*, un ochenta y dos por ciento de los médicos no han tenido que afrontar nunca el pago de una indemnización desde 1990 (fecha de creación de dicha base de datos) y sólo casi un seis por ciento de los médicos fueron responsables de cerca del sesenta por ciento de las reclamaciones de todas las indemnizaciones por mal praxis. Se concluye de tal análisis que un gran número de médicos que son demandados no han llevado a cabo ningún acto contrario a las exigencias de la buena práctica médica de manera que se trata de un problema que afecta a todos los profesionales y especialmente a aquellos que pese a haber actuado correctamente tienen que enfrentarse anímicamente y económicamente a reclamaciones infundadas<sup>68</sup>.

De este modo, se considera que el sistema de responsabilidad médica no cumple ningún fin de protección de los pacientes, antes al contrario, sitúa a

los médicos en una posición favorable a la medicina defensiva y desfavorable a una relación personal y cordial con los pacientes. El problema radicaría pues en que el temor de los médicos a verse inmersos en un proceso de responsabilidad profesional hace que estos practiquen una medicina con un sobre coste importante en actos, pruebas y tratamientos que no encuentran justificación científica, sino más que la mera pretensión de satisfacer la pretensión del paciente y de sus familiares y, de este modo, evitar el riesgo de exposición a una reclamación por parte de éstos.

En definitiva, se ha propuesto que las reformas del sistema de responsabilidad médica atiendan prioritariamente, como objetivo, a la necesidad de reducir la práctica de la medicina defensiva<sup>69</sup>. La pregunta de qué reforma es la más conveniente exige, para ser contestada, determinar, prioritariamente, cuál es la que puede tener un mayor impacto, no ya en el precio de los seguros o el coste de los litigios, sino en la práctica de la medicina defensiva.

El impacto que la medicina defensiva tiene en el incremento del gasto sanitario ha de permitir buscar fórmulas que, aun afectando a las posibilidades de los pacientes de reclamar contra los médicos, acaben redundando en beneficio de aquéllos al suponer una reducción del gasto sanitario<sup>70</sup>. Así, se ha señalado, literalmente, que “*We are not arguing that the law should stop making doctors pay for their negligence. But we do think that informed patients should be free to contract as they wish, and that many informed patients might want to waive liability in order to get a better deal. If enough money is offered*”<sup>71</sup>.

En todo caso, no se trata de un fenómeno que no responda a la realidad o que se fundamente en el mito de que los médicos son reclamados en exceso. Antes al contrario, la medicina defensiva es clara expresión del hecho de que los médicos se enfrentan a una muy alta probabilidad de tener que enfrentarse a un proceso judicial. En un estudio de la AMA se estableció que seis de cada diez médicos de cincuenta y cinco

66 Vid. Informe “A costly defense: physicians sound off on the high price of defensive medicine in the US”, *cit.*

67 HALL, M.A., ELLMAN, I.M. y ORENTLICHER, D., *Health care, Law and Ethics*, 3 ed., Nutshell Series, West, St Paul, 2011, p. 9.

68 Vid. Informe “The great medical malpractice hoax: NPDB Data continue to show medical liability system produces rational outcomes”, *cit.* Sobre los efectos psicológicos que las reclamaciones producen sobre los médicos, puede verse CHARLES, S.C., “Coping with a medical malpractice suit”, *Western Journal of Medicine*, vol. 174, enero 2001, pp. 55 a 58.

69 CARRIER, E.R. et al, “Physicians’ fears of malpractice lawsuits are not assuaged by Tort reforms”, *cit.*, p. 1585.

70 THALER y SUNSTEIN, C., *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*, Yale University Press, New Haven, 2008, pp. 207 a 209. En contra de esta propuesta se muestran Baker y Lytton. Vid. BAKER, T. y LYTTON, T.D., “Allowing patients to waive the right to sue for medical malpractice: a response to Thaler and Sunstein”, *Northwestern University Law Review*, vol. 104, núm. 1, año 2010, pp. 233 a 252.

71 THALER y SUNSTEIN, C., *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*, *op. cit.*, p. 211.

años o más, han sufrido una reclamación de responsabilidad profesional<sup>72</sup>. Otro estudio considera que a los sesenta y cinco años de edad, un setenta y cinco por ciento de los médicos que practican especialidades de bajo riesgo legal habrán tenido que enfrentarse a una reclamación por mal praxis, porcentaje que sube al noventa y nueve por ciento cuando se trata de especialidades de alto riesgo legal, como pudiera ser neurocirugía, cirugía torácica o cirugía general<sup>73</sup>.

Por tanto, el problema está en la medicina defensiva pero ésta obedece no a una creencia errónea acerca de las probabilidades que los médicos tienen de ser demandados por su quehacer diario, sino en que realmente existe un importante número de reclamaciones contra estos profesionales, pese a que el impacto de éstas en el coste total de gastos no sea tan importante como el que produce la consecuencia de tal temor, la práctica de la medicina defensiva.

## V. ¿CUMPLE EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CON SUS FINES?

Parece, como vamos a comprobar, que el problema no es sólo la medicina defensiva y el impacto que ello tiene en el gasto sanitario, sino que, además, el propio sistema de responsabilidad médica, aun cuando se admita que no afecta sustancialmente al incremento del gasto sanitario, no cumple con los fines para los que fue creado, es decir, no satisface realmente su principal objetivo que no es otro que compensar los daños sufridos por los pacientes como consecuencia de los errores médicos.

Diferentes estudios parecen así acreditarlo e, incluso, el sistema ha sido literalmente tildado de “*profoundly inaccurate mechanism for distributing compensation*”<sup>74</sup>. Así, se destaca que existe un importante número de daños que nunca son reclamados

aunque jurídicamente no tengan justificación y que, contrariamente, muchos de los casos que acaban ante los Tribunales o, incluso, en los que se obtiene una indemnización carecen de justificación en Derecho.

En cuanto al primer hecho, los estudios reflejan que si bien uno de cada cien ingresos en un Hospital encontraría razones para iniciar una reclamación basada en negligencia médica, solo uno de ocho casos acaba reclamando<sup>75</sup>.

Por lo que al segundo hecho se refiere, la *Harvard School of Public Health* ha llevado a cabo varios estudios en los que se analiza si los litigios de responsabilidad médica en los que se ha declarado que ha existido una actuación correcta por parte del profesional y se ha otorgado una indemnización encuentra verdadera justificación en Derecho, reflejando dichos estudios que en un cuarenta por ciento de los analizados se aprecian resultados discordantes<sup>76</sup>. Otros estudios, sin embargo, consideran que el número de casos es inferior pero que, al tratarse de una cuarta parte, no deben por ello dejar de preocupar<sup>77</sup>.

Esta inexactitud en las resoluciones judiciales sobre responsabilidad médica se considera que responde a un problema básico: la dificultad de desarrollar una estrategia de defensa correcta en atención a la falta de previsibilidad de la opinión que finalmente tendrán sobre el caso concreto el Juez o el Jurado. La imprevisibilidad se acrecienta en los juicios con Jurado y en los casos que afectan a menores<sup>78</sup>. El fenómeno ha recibido la denominación de *lawsuit lottery*<sup>79</sup>.

75 LOCALIO, A.R. et al., “Relation between malpractice claims and adverse events due to negligence: Results of the Harvard Medical Malpractice Study”, *New England Journal of Medicine*, vol. 325, núm. 4, Julio 1991, p. 248. Vid., también, BAKER, T., KRITZER, H. y VIDMAR, N., “*Jackpot Justice* and the American Tort System: Thinking beyond junk science”, *cit.*, p. 12.

76 STUDDERT, D.M et al., “Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 19, núm. 354, mayo 2006, p. 2024.

77 STUDDERT, D.M y MELLO, M.M., “When Tort resolutions are “wrong”: Predictors of discordant outcomes in medical malpractice litigation”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 36, núm. 2, junio 2007, p. 26. Puede también accederse a dicho artículo a través de la página web de la *Harvard School of Public Health*, en [www.hsph.harvard.edu](http://www.hsph.harvard.edu). Último acceso el 10 de mayo de 2013.

78 *Ibidem*, pp. 26 y 27.

79 STUDDERT, D.M, MELLO, M.M. y BRENNAN, T.A., “Medical malpractice”, *cit.*, p. 283.

72 KANE K. C., “Medical liability claim frequency: A 2007-2008 snapshot of physicians”, *Policy Research Perspectives*, AMA, Chicago, 2010. Puede accederse a dicho estudio a través de la página web de la AMA en la siguiente dirección: <http://www.ama-assn.org/ama>. Último acceso el 24 de abril de 2013. Puede verse también, “*Claim trend analysis 2009 edition*”, Physicians Insurers Association of America, Rockville, 2009.

73 JENA, A.B., SEABURY, S, LAKDAWALLA, D. y CHANDRA, A., “Malpractice risk attending to physician specialty”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 7, núm. 365, agosto 2011, p. 633.

74 STUDDERT, D.M, MELLO, M.M. y BRENNAN, T.A., “Medical malpractice”, *New England Journal of Medicine*, vol. 3, núm. 350, enero 2004, p. 285.

Sin embargo, algunos estudios consideran que el problema no reside sustancialmente en el número de casos que carecen de verdadera justificación, y pese a que, como acabamos de señalar, se trate de un número y porcentaje nada desdeñable. Por ello, sugieren que las reformas que se orienten hacia dicho objetivo de reducir los litigios injustificados no resolverán el problema. Así, se apunta como principal causa que impide que el sistema de responsabilidad médica cumpla sus fines que la mayor parte del gasto en el que se incurre no deriva de las indemnizaciones, sino de los gastos procesales, fundamentalmente, honorarios de letrados, de peritos y gastos de Jurado. Se ha calculado que más del cincuenta por ciento se destina a estos conceptos y no a las indemnizaciones<sup>80</sup>. De este modo, el sistema gasta más en su propio funcionamiento que en los verdaderos fines para los que fue creado<sup>81</sup>.

Por tanto, el sistema ni es justo ya que su eficacia depende, no de haber sufrido un daño derivado de un error médico, sino del hecho de que se reclame, ni destina la gran parte de su coste a su fin principal que no es otro, obviamente, que la reparación económica de los daños sufridos por los pacientes.

Tampoco permite que la reparación del daño se produzca en un espacio de tiempo adecuado. En un estudio que analiza cerca de mil quinientas reclamaciones de cinco aseguradoras diferentes se concluye que el tiempo medio de resolución de los casos es de cinco años y que una de cada tres reclamaciones tardo seis años o más en resolverse<sup>82</sup>.

Parece, pues, que el verdadero problema no deriva de las condenas sino del número de litigios y de los costes que ello conlleva. Así, algún estudio reciente arroja los siguientes datos<sup>83</sup>:

- El sesenta y cinco por ciento de las reclamaciones son rechazadas o retiradas previamente a su resolución.

- Algo más del veinticinco por ciento son resueltas mediante acuerdo extrajudicial.
- Sólo algo más del cuatro por ciento son resueltas mediante sistemas alternativos de resolución.
- Un cinco por ciento son resueltos en sede judicial, en las que un noventa por ciento se pronuncian a favor del profesional sanitario.

Así pues, no es un problema que derive de un importante número de condenas o una importante cuantía de indemnizaciones, sino del impacto que el número de reclamaciones provoca en los gastos procesales y en la práctica de la medicina defensiva.

El coste para el profesional de los litigios es alto, aun cuando los casos no acaben en juicio. Así, el mismo estudio apunta un coste medio de defensa de 40.649 dólares, siendo de 22.163 dólares en aquellos casos en los que la reclamación ha sido retirada o rechazada antes de juicio, y un coste medio superior a 100.000 dólares en los que acaban en juicio<sup>84</sup>.

Por último, sobre lo que no existen casi estudios o, incluso, los que existen se muestran contradictorios en sus conclusiones, es acerca del efecto que la reforma del sistema de responsabilidad médica puede tener, ya no en la reducción del coste de las primas o de la práctica de la medicina defensiva, sino en los resultados de salud para los norteamericanos. Algún estudio establece que un diez por ciento de reducción de la responsabilidad médica supondría un incremento de la mortalidad en un 0,2 por ciento. De este modo, se considera que “*policies that reduce expected malpractice costs are unlikely to have a major impact on health care spending for the average patient, and are also unlikely to be cost-effective over conventionally accepted ranges for the value of a statistical life*”<sup>85</sup>. Por el contrario, otros estudios consideran que dicha reforma no tiene impacto alguno en la salud de los norteamericanos<sup>86</sup>.

80 THORPE, K.E., “The medical malpractice crisis: recent trends and the impact of the State Tort reforms”, *cit.*, p. 25.

81 STUDDERT, D.M et al., “Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation”, *cit.*, p. 2031.

82 *Ibidem*.

83 KANE, K. C., “Medical liability claim frequency: A 2007-2008 snapshot of physicians”, *cit.* Puede accederse a dicho estudio a través de la página web de la AMA en la siguiente dirección: <http://www.ama-assn.org/ama>. Último acceso el 24 de abril de 2013.

84 *Ibidem*. Puede verse también, “Claim trend analysis 2009 edition”, Physicians Insurers Association of America, Rockville, 2009.

85 LAKDAWALLA, D. N. y SEABURY, S.A., “The welfare effects of medical malpractice liability”, Working Paper 15383, National Bureau of Economic Research, Cambridge, Massachusetts, septiembre 2009.

86 SLOAN, F. A. y SHADLE, J.H., “Is there empirical evidence for ‘defensive medicine’? A reassessment”, *Journal of Health Economics*, vol. 28, núm. 2, 2009, pp. 481 a 491.

## VI. ¿CRISIS DEL SEGURO O CRISIS DE LAS ASEGURADORAS?

Como ya apuntamos al inicio de este trabajo, la doctrina discute también si realmente existe una crisis del mercado asegurador provocada por la responsabilidad médica en sí misma (véase, incremento de litigios, de gastos procesales o de indemnizaciones acordadas en favor de los pacientes) o, por el contrario, provocada por el propio contexto de crisis en el que se encuentra la economía en general y las compañías aseguradoras en particular.

Para un importante sector de la doctrina, al igual que ocurriera en las anteriores crisis de la mal praxis, el problema no se sitúa en que se haya incrementado el número de litigios o de condenas frente a los profesionales, sino que se trata, realmente, de un problema provocado por las políticas que vienen desarrollando las citadas compañías. Así, se recuerda que en las anteriores crisis se produjo una situación similar a la actual pero que se resolvió a través del propio mercado de seguro, sin necesidad de reformas legislativas. Se trataría, pues, de un problema derivado sustancialmente de las reglas de funcionamiento del mercado asegurador y que el propio mercado acaba resolviendo una vez que se supera el contexto que lo provocó ¿Y cuál es este contexto? Para dichos autores el contexto actual viene provocado por la forma de invertir sus ingresos las compañías aseguradoras: “*Experts attribute this cycle of crisis and calm to the investment practices of the insurance industry—not to the frequency of litigation or the size of jury awards*”<sup>87</sup>. Las aseguradoras no obtienen su negocio de las primas sino de la inversión de dichas primas y, en el contexto actual, en el que la crisis económica ha provocado una reducción notable de los rendimientos de las inversiones, las aseguradoras ya no se muestran tan dispuestas a bajar las primas con el objeto de conseguir mayor liquidez susceptible de ser invertida. La subida de primas no responde, así, a un incremento de la responsabilidad médica, sino a un contexto concreto del mercado de inversiones. La política que consiste en bajar primas para obtener más ingresos susceptibles de ser invertidos no se muestra tan atractiva como hace una década. Tal situación, pues, cambiará no con reformas normativas, sino cuando el mercado de inversiones ofrezca de nuevo retornos de inversión interesantes. Se trata de un ciclo del mercado asegurador que se repite cada cierto tiempo (“*This market-driven cycle repeats itself over and over again*”)<sup>88</sup>.

87 Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., *cit.*, p. 426.

88 *Ibidem*, p. 426.

Como se ha señalado, las crisis “*that have more to do with fluctuations in the bond market than anything associated with medical malpractice litigation*”<sup>89</sup>. Así pues, el problema no es el incremento de litigios o indemnizaciones, sino la Economía (“*it is the economy, and not an increase in litigation, which accounts for the various malpractice crises*”)<sup>90</sup>, de manera que los precios de las primas crecen en la medida que los intereses por inversiones decrecen<sup>91</sup>. Y así, se considera que “*because it is the economy which dictates premium rates, tort reform is not only unnecessary but irrelevant to the problem*”<sup>92</sup>.

Por tanto, si las compañías de seguro obtienen sus beneficios de los resultados de sus inversiones, inicialmente los recursos económicos procederán de las primas y al no tener que hacer frente de manera inmediata al pago de indemnizaciones, los invierten. Y así, cuando el mercado de inversiones se muestra muy rentable y los intereses son altos, para las compañías resultará interesante abaratar las primas para obtener más ingresos susceptibles de ser invertidos. Sin embargo, cuando el mercado de inversiones plantea más dificultades de retorno, las compañías optarán por encarecer las primas o, en su caso, excluir determinados riesgos, y esto último ocurrió a mediados de los setenta, a mediados de ochenta y a principios del siglo XXI<sup>93</sup>.

Sin embargo, tampoco puede considerarse que se trate de la única causa, ya que no se aprecia un fenómeno idéntico en otros sectores del seguro, diferentes al de la responsabilidad médica. Así pues, parece que la crisis económica tiene un efecto relevante en la crisis del mercado asegurador de la responsabilidad médica pero no es el único factor<sup>94</sup>.

89 NATHANSON, M.J., “It’s the economy (and combined ratio), stupid: examining the medical malpractice litigation crisis myth and the factors critical to reform”, *Penn State Law Review*, vol. 108, año 2004, p. 1.

90 *Ibidem*, p. 3.

91 *Ibidem*, 3.

92 *Ibidem*, p. 4.

93 BOEHM, G., “Debunking medical malpractice myths: Unraveling the false premises Behind “Tort Reform””, *Yale Journal Of Health Policy, Law, And Ethics*, vol. 1, año 2005, p. 364..

94 NATHANSON, M.J., “It’s the economy (and combined ratio), stupid: examining the medical malpractice litigation crisis myth and the factors critical to reform”, *cit.*, p. 6.

## VII. ¿CUÁL ES LA POSICIÓN DE LOS DOS GRANDES PARTIDOS EN ESTA MATERIA?

### 1. Dos posiciones para un mismo problema.

Como hemos visto hasta lo aquí comentado, el diagnóstico parece meridianamente claro. El problema está en la medicina defensiva y en que el sistema no cumple con sus objetivos y éstos parece que han de ser los objetivos de toda reforma. Sin embargo, ahí se haya precisamente el problema. Una vez hecho el diagnóstico, el problema radica sustancialmente en determinar el tratamiento jurídico que ha de darse al mismo<sup>95</sup>. Y a este respecto, parece que las posiciones de los dos grandes partidos empiezan a diferir notablemente. Así, el Partido Demócrata es consciente de que algo hay que hacer como de manera reiterada ha expuesto el Presidente Obama. Sin embargo, parece que las propuestas demócratas avanzan más hacia fórmulas que necesariamente no supongan una reforma del sistema de responsabilidad profesional en sí, sino el desarrollo de mecanismos que, manteniendo los elementos principales que conforman el modelo de responsabilidad profesional, permitan dar a los profesionales una mayor seguridad en el ejercicio diario de su actividad, diluyendo los temores hacia la posibilidad de verse demandados por los pacientes y, más aun, tener que asumir el pago de indemnizaciones.

A este respecto, el Presidente Obama ya se mostró contrario a alguna de las medidas que se han propuesto e, incluso, aprobado en varios Estados, tales como la limitación de los importes indemnizatorios (*cap on damages*), sobre todo, en lo que se refiere a la compensación de los danos inmateriales y morales, por considerar que dicha propuesta no respeta el principio de justicia.

Por su lado, el Partido Republicano, guiado quizás por la experiencia del Estado de Texas que si optó en 2003, como explicaremos con detalle más adelante, por una reforma sustancial del *Tort Law* en materia de responsabilidad sanitaria, parece mostrarse claramente partidario de afrontar directamente dicha reforma en lugar de acudir a otras medidas que puedan tener también efecto sobre la medicina defensiva.

<sup>95</sup> Como apunta Struve, todo el mundo coincide en que hay un problema en relación a la responsabilidad médica en Estados Unidos, sin embargo también hay una profunda división acerca de cuáles son las causas del problema y como debe afrontarse. Vid. STRUVE, C.T., "Doctors, the adversary system, and procedural reform in medical liability litigation", *Fordham Law Review*, vol. 72, año 2004, p. 944.

Estas dos posiciones que parecen cada vez más enfrentadas pudieron claramente apreciarse en las diferentes reuniones que mantuvieron ambos partidos para salvar el denominado *fiscal cliff* durante 2012<sup>96</sup>. Así, como es bien conocido, a finales del año 2012 Estados Unidos vivió una situación de casi colapso económico por la falta de acuerdo entre los dos grandes partidos sobre la aprobación de la cuenta de ingresos y gastos públicos para 2013. Tal situación que fuera conocida bajo el sugerente nombre de *fiscal cliff* (precipicio fiscal) tuvo un gran repercusión mediática mundial, dada, obviamente, la importancia de la economía norteamericana. Se trata pues de un hecho de sobra conocido por el público y al que se dedicaron gran número de páginas en nuestros medios de comunicación.

Sin embargo, lo que es menos conocido es que en las reuniones que mantuvieron ambos partidos en el Senado y en la Cámara de Representantes para alcanzar un acuerdo que evitara gobernar económicamente 2013 con unos presupuestos prorrogados, una de las cuestiones a las que se dio más importancia y que fue objeto de mayor discusión fue la reforma de la responsabilidad sanitaria. Tal debate centró gran parte del discurso de los dos partidos.

Así, en las reuniones de las diferentes Comisiones de la Cámara de Representantes y, en especial, de la Comisión de Presupuestos (*Committee on the Budget*), se discutió extensamente acerca de la reforma del sistema de responsabilidad sanitaria como medida para reducir el gasto en sanidad. Uno de los puntos objeto de discusión fue el denominado "*A Broken Medical Liability System*"<sup>97</sup>. En dichos debates puede perfectamente apreciarse como la posición de ambos partidos no es actualmente coincidente.

### 2. La posición del Partido Republicano.

La posición del Partido Republicano es muy clara acerca de la necesidad de reformar el sistema dado

<sup>96</sup> El termino *fiscal cliff*, precipicio fiscal, hace referencia a los problemas económicos derivados de la falta de acuerdo de los dos grandes partidos norteamericanos para aprobar en las Cámaras el nivel máximo de endeudamiento del Estado y, más concretamente, a lo ocurrido en 2012 cuando, tal falta de acuerdo suponía automáticamente un recorte de los gastos públicos y una subida de impuestos. El problema podría asimilarse, con las correspondientes diferencias, a los problemas económicos que para el Ejecutivo en España se producen cuando no obtiene la mayoría necesaria para aprobar los Presupuestos Generales del Estado y se produce la prórroga de los aprobados para el ejercicio anterior.

<sup>97</sup> Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., pp. 51 y ss.



el impacto que tiene sobre el gasto público: “*The Nation’s medical liability system imperils patient access and imposes tremendous costs on our Nation. It has forced doctors out of practicing in certain specialties; it has caused trauma centers to close; it has forced pregnant women to drive hours to find an obstetrician. This badly broken system also imposes tremendous financial burdens: Americans spend over \$200 billion every year in unnecessary “health care” costs; 1 the CBO has reported to the Committee that comprehensive medical liability reform will save American taxpayers \$63.9 billion over 10 years*”<sup>98</sup>.

Tal posición puede mostrarse algo sorprendente en la medida que sitúa al Partido Republicano en la posición no sólo de modificar un sistema de responsabilidad profesional que goza de gran tradición en Estados Unidos, sino que, además, promueve la aprobación por el Estado federal de una regulación en una materia en principio atribuida a los Estados, siendo dicho Partido bastante celoso a la hora de garantizar las competencias de los Estados. Sin embargo, tal posición que pudiera mostrarse algo singular a primera vista puede tener una fácil explicación. En primer lugar, tal posición se explica si atendemos a la postura que defienden los republicanos en materia fiscal, siendo favorables a la reducción de la carga fiscal sobre los ciudadanos. De este modo, la reforma permitiría reducir el gasto público y, por ende, sería una alternativa a la propuesta del Presidente de incrementar el porcentaje de determinados impuestos que, en gran medida, viene justificada por la aplicación de muchas de las previsiones legales y económicas previstas en la citada *Patient Protection and Affordable Care Act*. Así, podría concluirse que la opción de reformar un modelo de amplia tradición en el ordenamiento norteamericano es preferible a la de admitir un incremento del gasto público y, en consecuencia, de la capacidad recaudatoria del Estado.

En todo caso, como ha apuntado el Partido Demócrata, la posición del Partido Republicano no solo contradice su tradicional postura acerca del reparto de competencias entre la Federación y los Estados, sino, más aun, la que ha mantenido en relación a la reforma sanitaria llevaba a cabo por la *Patient Protection and Affordable Care Act*. Si aquí mantuvo que dicha Ley no encontraba apoyo alguno en la doctrina de la *commerce clause*, allí mantiene precisamente lo contrario. Incluso, se señala como el Partido Republicano es capaz de emplear ambos argumentos contradictorios en un mismo día de sesiones: “*In fact, the*

*majority has argued both sides of the states’ rights question on the same day. On the morning of February 16, 2011, in a full committee hearing on “The Constitutionality of the Patient Individual Mandate,” Republican members described the Affordable Care Act as a massive overreach of the federal government and a clear violation of the Tenth Amendment. Chairman Smith argued further that “if the individual mandate is upheld” by the Supreme Court, “it would be the end of federalism. Later that afternoon, in the continued markup of H.R. 5, Republican members of the committee voted twice—by party line both times—to reject amendments to the bill that would have allowed existing state laws to stand”*<sup>99</sup>.

En segundo lugar, y como ya apuntamos antes, la reforma del *Tort Law* en el ámbito de la responsabilidad sanitaria ya se ha llevado a cabo en diferentes Estados, y entre ellos, sobresale, un Estado con mayoría republicana como es Texas. La reforma del Estado de Texas que ha supuesto una alteración de los elementos caracterizadores de la responsabilidad sanitaria se ha convertido, en apariencia, en el éxito reformador que los republicanos exhiben frente a los profesionales sanitarios.

Así pues, el único camino que cabe para el Partido Republicano frente a la medicina defensiva y el incremento del gasto que ello conlleva, es la reforma del sistema de responsabilidad médica. Para dicho Partido, “*the litigation reforms ... will reduce the incidence of medical malpractice because the threat of potentially infinite liability in an unregulated tort system prevents doctors from discussing medical errors and looking for ways to improve the delivery of health care*”<sup>100</sup>.

Entre las diferentes alternativas de reforma, parece que la limitación de los importes indemnizatorios (*cap on damages*) es la mejor opción para dicho Partido: “*Caps on noneconomic damages are essential to the success of the HEALTH Act’s reforms*”<sup>101</sup>. Tales *caps* vendrían referidos fundamentalmente a los *non-economic damages* y a los *punitives damages* (o también llamados *exemplary damages*)<sup>102</sup>, aunque

99 *Ibidem*, ..., pp. 440 y 441.

100 *Ibidem*, p. 378.

101 *Ibidem*, p. 405. Puede accederse a dicho documento a través de la página web del Congreso, en [www.congress.gov](http://www.congress.gov).

102 Los *punitives damages* constituyen un principio del *Common Law* como ya se encargara de declarar el Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Day v. Woodworth*, 1851: “*It is a well-established principle of the common law, that in actions . . . for torts, a jury may inflict what are called exemplary,*

98 *Ibidem*, pp. 51 y 52.

respecto de estos últimos más que la fijación de límites máximos se propone elaborar unas guías que orienten la labor de los Tribunales, ya que el principal problema que presentan, como ha reconocido el propio Tribunal Supremo de Estados Unidos<sup>103</sup>, es que son excesivamente impredecibles<sup>104</sup>. El problema de estos últimos no es sin embargo su frecuencia o impacto real en las condenas acordadas por los Tribunales en el ámbito de la responsabilidad médica, donde su imposición habitualmente exige una conducta merecedora del máximo reproche culpabilístico<sup>105</sup> (“*clear and convincing evidence*” burden: *if it proven by clear and convincing evidence that such person acted with malicious intent to injure the claimant, or that such person deliberately failed to avoid unnecessary injury that such person knew the claimant was substantially certain to suffer*)<sup>106</sup>, sino en que su mera presencia en el sistema jurídico lleva a que muchos asuntos acaben cerrándose previamente al litigio o durante el mismo. Se ha apuntado que: “*the availability of unlimited punitive damages affects the 95% to 98% of cases that settle out of court prior to trial. It is obvious and indisputable that a punitive damages claim increases the magnitude of the ultimate settlement and, indeed, affects the entire settlement process, increasing the likelihood of litigation*”<sup>107</sup>.

### 3. La posición del Partido Demócrata.

En el lado contrario, el Partido Demócrata se muestra mucho más cauto acerca de la posibilidad de reformar sustancialmente el sistema de *Tort Law* en este ámbito y ello por varios motivos que se expresa-

---

*punitive, or vindictive damages upon a defendant, having in view the enormity of his offense rather than the measure of compensation to the plaintiff. We are aware that the propriety of this doctrine has been questioned by some writers*”. Vid. Day v. Woodworth, 54 U.S. (13 How.) 363, 371 (1851).

103 Vid. *International Bhd. of Elec. Workers v. Foust*, 442 U.S. 42, 50 (1979). Vid., también, *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 116 S. Ct. 1589 (1996). Esta última decisión constituye el máximo ejemplo de una nueva línea doctrinal en el Alto Tribunal que se muestra favorable a limitar los *punitive damages*, dado que pueden suponer una privación injustificada del derecho de propiedad (“*arbitrary deprivation of property*”).

104 Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 407.

105 Vid., entre otras, *Pacific Mutual Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1, 23 n.11 (1991).

106 Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 409.

107 PRIEST, G.L., “Punitive damages reform: The case of Alabama”, *Louisiana Law Review*, vol. 56, núm. 4, 1996, p. 830.

ron de manera clara en las reuniones de la Comisión de Presupuestos de la Cámara de Representantes, en la que debemos recordar que son minoría, a diferencia del Senado. Los argumentos expresados con ocasión de dichos debates y que pudieran resumir la posición del Partido Demócrata parten de que efectivamente existe un problema en relación a la responsabilidad médica pero que una reforma sustancial del *Tort Law* en este ámbito no resolvería el problema. Este exige respuestas más meditadas y complejas (“*it is also complex and complicated and therefore, deserving of a very thoughtful and measured response*”)<sup>108</sup>. Así, los demócratas no admiten que exista una crisis de la responsabilidad médica en el sentido de que los profesionales encuentren dificultades para acceder a un seguro de responsabilidad. Además, los problemas que puedan derivarse del incremento de las primas no se resuelven aprobando medidas tales como límites en el importe de las indemnizaciones (*cap on damages*), sino a través de la regulación del mercado asegurador<sup>109</sup>. El ejemplo que apoyaría tal idea sería el de California en el que se aprobaron tales límites sin obtenerse una reducción de las reclamaciones, lo que únicamente se consiguió más adelante con la aprobación de una regulación de los precios de los seguros.

También, los representantes demócratas reivindicaban en este ámbito concreto la posición que ocupan los Estados frente a la Federación, ya que “*Traditionally, the principals of medical malpractice liability and the procedures for the conduct of medical malpractice lawsuits have been governed by state law. In fact, it has always been that way*”<sup>110</sup>. Así, resulta sorprendente que ambos partidos mantengan posturas contradictorias acerca de dos materias tan íntimamente ligadas como son la reforma del sistema de asistencia sanitaria y la del sistema de responsabilidad médica.

Sin embargo, el Partido Republicano considera que existe cierto margen para que el Estado federal pueda regular esta materia, al existir regulaciones si-

---

108 Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 129.

109 “*A review of the empirical evidence gathered over the last two decades supports a number of conclusions. First, despite perennial claims to the contrary, the judicial system is not in crisis with respect to medical malpractice liability. Second, no significant savings are likely to be realized through federal “tort reform.” Third, medical malpractice is a serious problem in the United States*”. Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 425.

110 *Ibidem*, p. 130.

milares en ámbitos próximos al de la responsabilidad médica; en concreto, citan la norma por la que se regula un sistema nacional de responsabilidad para los danos derivados de las vacunas (un una especie de *no-fault system* que viene a compensar económicamente la obligación que, con carácter general, tienen los ciudadanos norteamericanos de vacunarse cuando así lo exigen las autoridades públicas)<sup>111</sup>.

Para los demócratas la manera de afrontar el problema de la responsabilidad médica es a través de las políticas de seguridad del paciente<sup>112</sup>. El problema estaría no tanto en aquélla como en la existencia de un importante número de errores médicos evitables a través de políticas efectivas de seguridad (“*medical errors can lead to injury, and injury is the medical basis on which a malpractice claim is made*”)<sup>113</sup>. Para el Partido Demócrata ninguna de las propuestas formuladas desde el Partido Republicano incluye ninguna propuesta en este ámbito, lo que no tiene sentido, ya que, según la opinión común de los expertos, “*We must address medical mismanagement as part of any fundamental reform of our health care system*”<sup>114</sup>. La reforma de la *Tort Law* puede provocar, efectivamente, una reducción de los litigios o de las primas de seguro que han de abonar los médicos, pero ello no significa que también se reduzca el número de errores o efectos adversos que sufren los pacientes<sup>115</sup>, lo que preocupa al Partido Demócrata en la medida que el error médico es la quinta causa de muerte en Estados Unidos<sup>116</sup>.

La posición del Partido Demócrata se centra, por tanto, en desarrollar políticas efectivas y obligatorias de seguridad del paciente, algo que recuerda que aún

no existe en veintitrés Estados. Además, varios estudios apoyan dicha postura, ya que concluyen que el desarrollo de tales políticas y, en general, una mejora en la calidad de los servicios reducen la responsabilidad médica. Así, se cita el ejemplo de la especialidad de anestesiología que a través de dichas políticas ha conseguido reducir el número de efectos adversos y, paralelamente, el número de reclamaciones y el importe de las primas de seguro<sup>117</sup>. A este respecto, se ha establecido una correlación entre la frecuencia de efectos adversos y las reclamaciones de responsabilidad médica de manera que cuando se produce un descenso de diez efectos adversos por año, ello provoca correlativamente una disminución 3,7 reclamaciones de responsabilidad. Por el contrario, cuando los efectos adversos aumentan a diez por año, el número de reclamaciones se incrementa también un 3,7. De este modo, se concluye que cerca de tres cuartas partes de la variación anual de las reclamaciones de responsabilidad médica derivan de los resultados obtenidos a través de políticas de seguridad de los pacientes<sup>118</sup>. De este modo, “*These kinds of relationships and concerns represent an entirely different set of levers for policymakers to consider in regard to malpractice, quite apart from more conventional statutory tort interventions, such as caps on damages in tort claims*”<sup>119</sup>.

Se ha señalado que dichas políticas son muy positivas también en un doble sentido: en primer lugar, se aprecia un deterioro en lo que se refiere al profesionalismo de la medicina que plantea que ya no cabe una solución al problema de los errores a través de la autorregulación de la profesión médica. Ya no debe

111 Sobre el régimen jurídico de las vacunas y dicho modelo de responsabilidad objetiva, puede verse, DE MONTALVO JAÄSKELÄINEN, F., “Rechazo a las políticas públicas de vacunación. Análisis constitucional del conflicto desde los sistemas español y norteamericano”, *cit.*, pp. 203 a 237.

112 Puede verse la evolución histórica de las políticas de seguridad del paciente en MELLO, M.M., KELLY, C.N. y BRENNAN, T.A., “Fostering rational regulation of patient safety”, *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 30, núm. 3, junio 2005, pp. 377 a 381.

113 Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 132.

114 Testimonio dado por Allen B. Kachalia, Director Médico de Quality and Safety, Brigham and Women’s Hospital, ante el Comité de Energía y Comercio de la Cámara de Representantes el 6 de abril de 2011.

115 STUDDERT, D.M., MELLO, M.M. y BRENNAN, T.A., “Medical malpractice”, *cit.*, p. 288.

116 Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 430.

117 GREENBERG, M.D. et al., “*Is better patient safety associated with less malpractice activity? evidence from California*”, Institute for Civil Justice, Rand Corporation, Santa Monica, 2010. Vid., también, SAGE, W.M. y HYMAN, D.A., “Do Health Reform and Malpractice Reform fit together?”, *cit.*, p. 13. Así, Hallinan apuntaba de manera muy ilustrativa en 2005 que “*Today, anesthesia-related adverse events and emergencies are rare, and anesthesiologists’ malpractice insurance premiums are low. Anesthesiologists pay less for malpractice insurance today, in constant dollars, than they did 20 years ago. That’s mainly because some anesthesiologists chose a path many doctors in other specialties did not. Rather than pushing for laws that would protect them against patient lawsuits, these anesthesiologists focused on improving patient safety. Their theory: Less harm to patients would mean fewer lawsuits*”. Vid. HALLINAN, J.T., “Once seen as risky, one group of doctors changes its ways”, *Wall Street Journal*, edición del 21 de junio de 2005.

118 GREENBERG, M.D. et al., “*Is better patient safety associated with less malpractice activity? evidence from California*”, *cit.*, p. X.

119 GREENBERG, M.D. et al., “*Is better patient safety associated with less malpractice activity? evidence from California*”, *cit.*, p. X.

seguir avanzándose en códigos deontológicos o pautas autorreguladas de conducta, sino que es necesario que el Estado asuma ya un papel activo en la lucha contra el error médico. En segundo lugar, la intrusión que el mercado ha generado en la actividad profesional de la medicina en estas últimas décadas provoca también que aumenten las sospechas acerca de la validez ética de determinadas decisiones que parecen estar más basadas en el ahorro que en la prestación de su servicio de calidad<sup>120</sup>.

Así pues, este doble problema del deterioro del profesionalismo médico y de las dudas acerca de cuál es el fundamento de las decisiones adoptadas en el ámbito asistencial exigen una participación activa de los poderes públicos en este ámbito.

Además, para el Partido Demócrata la reforma del sistema de responsabilidad podría perjudicar a las políticas de seguridad del paciente, ya que dicho sistema cumple, a la postre, una importante función regulatoria que va más allá de la mera compensación de daños y que actúa como mecanismo que incentiva económicamente la adopción de políticas de seguridad con el fin de evitar las condenas<sup>121</sup>. Sin embargo, lo que sí reconoce dicho Partido es que debe abandonarse la idea de que es la principal fuente de seguridad del paciente. Se ha apuntado que el sistema de responsabilidad no cumple su función principal de promover una práctica de la medicina de mayor calidad y que atienda a la seguridad de los pacientes. Antes al contrario, resulta evidente que el sistema no mejora la calidad<sup>122</sup>.

Existen algunos sectores que achacan al Partido Demócrata una posición excesivamente favorable al *Lobby* de los abogados que no parecen estar muy conformes con unas reformas que habrían de provocar tanto una reducción de litigios como de cuantías indemnizatorias y, por tanto, de sus honorarios<sup>123</sup>.

120 MELLO, M.M., KELLY, C.N. y BRENNAN, T.A., “Fostering rational regulation of patient safety”, *cit.*, p. 376.

121 *Ibidem*, p. 386.

122 MELLO M.M. y BRENNAN T.A., “Deterrence of medical errors: theory and evidence for malpractice reform”, *Texas Law Review*, vol. 80, núm. 5, año 2002, pp. 1595 a 1638.

123 Ese argumento lo apoyan los miembros del Partido Republicano en la Cámara de Representantes en unas declaraciones de quien fue el médico personal de Obama desde 1987 hasta que se incorporó a la Casablanca. En una entrevista ofrecida a la revista *Forbes* el citado médico que seguía apoyando la labor que venía realizando Obama, consideraba, por el contrario, que el Presidente no había acometido la reforma de la responsabilidad médica, mostrando una posición más próxima a los intereses de los abogados que de los médicos y que, además, había escogido para el cargo de Secretaria de

Pero, curiosamente, el sector demócrata también achaca que la posición que mantiene el Partido Republicano se asienta en la protección de los *Lobbies* de las grandes compañías proveedoras de servicios sanitarios que consideran la reforma del sistema de responsabilidad médica una fórmula importante para obtener mayores beneficios por su actividad<sup>124</sup>. Por ello, se ha señalado de manera muy esclarecedora que “*Unfortunately, malpractice policy making has always been dominated by two perspectives: activist physicians and plaintiffs’ attorneys, each largely acting in self-interested fashion, have battled for thirty years*”<sup>125</sup>.

## VIII. ALTERNATIVAS EN LA REFORMA DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA: ANÁLISIS DE REFORMAS ESTATALES Y PROPUESTAS FEDERALES.

### 1. Las reformas estatales ¿Un ejemplo para la futura reforma federal?

Como ya hemos apuntado previamente, ante las dudas que surgen acerca de la trascendencia que el fenómeno de la responsabilidad sanitaria tiene en el incremento del gasto sanitario y, por tanto, de cuál sería el verdadero impacto de su reforma en el control de tal gasto, se han propuesto diferentes alternativas, muchas de las cuales parecen que constituirán en un futuro inmediato los caminos sobre los que andarán las reformas. Además, muchas de estas propuestas de reforma ya han sido aprobadas e implementadas en diferentes Estados, sirviendo éstos, por tanto, como verdaderos *laboratorios de democracia* que permiten comprobar la eficacia de las diferentes medidas, aunque sea a un nivel territorial inferior<sup>126</sup>.

Estado de Salud a quien había trabajado como directora de la asociación de abogados de su Estado, Kansas. Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 372.

124 Vid. Informe “The great medical malpractice hoax: NPDB Data continue to show medical liability system produces rational outcomes”, *cit.*, p. 1.

125 BOVBJERG, R.R., “Beyond Tort Reform: fixing real problems”, *Indiana Health Law Review*, vol. 3, año 2006, p. 3.

126 La metáfora *laboratorios de democracia* (*laboratories of democracy*) es un término ya arraigado en el Derecho estadounidense, principalmente, en el ámbito de su organización territorial y se emplea para describir el procedimiento a través del cual se acude a los Estados para probar determinadas políticas públicas antes de ser estas implementadas a nivel federal. Se trataría de la aplicación de políticas de manera escalonada, del nivel local o estatal al máximo nivel federal, pudiendo valorar a una menor escala los resultados de tal política. En el ámbito

A partir de este siglo XXI la gran mayoría de Estados han comenzado a aprobar reformas legislativas de reforma del sistema de responsabilidad médica, aunque el precedente histórico lo encontramos unas décadas antes, en 1975, cuando el Estado de California aprueba el *Medical Injury Compensation Reform Act* (conocida por el acrónimo de MICRA). Los logros de dicha reforma son objeto de discusión por la doctrina, aunque parece que ha tenido un importante impacto, al menos, en el precio de las primas de seguro de los médicos. Así, mientras que las primas han crecido de media en el resto de los Estados un 1.029 por ciento, en California ha sido un tercio de dicho importe. Ello obedece, según algún autor, a la limitación de las indemnizaciones por daños inmateriales que recogía dicha reforma<sup>127</sup>. Igualmente, se ha escrito que tal reforma ha supuesto una reducción de los gastos sanitarios en un seis por ciento<sup>128</sup>.

También es preciso señalar, en relación a tales reformas a nivel estatal, que en muchos casos se ha optado no sólo por una fórmula, sino por varias conjuntamente. Un ejemplo paradigmático reciente de combinación de varios elementos lo encontramos en la reforma llevada a cabo en el Estado de Texas.

Dicho Estado aprobó en 2003 la denominada HB 4, *Proposition 12*. El escenario en el que se produce su aprobación responde a una situación de crisis sanitaria provocada por la responsabilidad médica. Así, uno de cada cuatro médicos al año era demandado. El coste medio de defensa de los casos en general era de cincuenta mil dólares, aunque los que acababan en juicio alcanzaban una media de coste próxima al millón y medio de dólares. Varios médicos se habían negado a ejercer en dicho Estado. Así, si en el año 1998 se licenciaron en Texas, dos mil ochocientos sesenta y seis médicos, en 2002 eran dos mil ciento diez, y ello, pese a que en dichos años se había producido un incremento de población. En 2003, Texas

---

sanitario se trata de un procedimiento común y, así, puede recordarse que antes de que se aprobara la reforma sanitaria impulsada por Obama en su primer mandato, tal política pública ya había sido ensayada en el Estado de Massachusetts por el entonces Gobernador, Mitt Romney. La autoría de la expresión corresponde al Juez del Tribunal Supremo, Louis D. Brandeis, quien escribiera en 1932, en un voto particular en el caso *New State Ice Co. v. Liebmann*, que “*It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous state may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country*”.

127 WALTERS, A., “Medical liability reform and the States”, *Bulletin of the American College of Surgeons*, marzo 2010, p. 29.

128 *Ibidem*, p. 29.

ocupaba el puesto cuarenta y nueve de cincuenta en la ratio médico por habitante.

Las principales medidas que dicha Ley incorpora son las siguientes:

En primer lugar, se establecen límites de indemnización (*cap on damages*) tanto para los daños inmateriales como para los daños en general. Para los primeros, un importe máximo de doscientos cincuenta mil dólares. Para los segundos un importe de quinientos mil dólares, aunque con una actualización por inflación que permitiría un máximo cercano al millón de dólares. Esta propuesta parece que es la que van a promover muchos otros Estados.

En segundo lugar, en determinados ámbitos como el de la medicina de urgencias, se exige al reclamante probar que ha existido una falta grosera (*gross negligence, willfully or wantonly negligent*). Así, cuando el error sólo sea imputable a una mera falta no calificada no cabe obtener indemnización alguna.

En tercer lugar, se modifican también las exigencias acerca de los peritajes judiciales. La prueba pericial sólo pueda ser suministrada por médicos con contrastada experiencia profesional práctica sobre la especialidad concreta objeto de enjuiciamiento.

Por último, puede destacarse también la modificación de la doctrina *Stowers* (*Stowers v. American Indemnity Insurance*, 1929), por la que si una compañía aseguradora rechazaba una oferta razonable de acuerdo de un reclamante podría venir obligada a indemnizar por encima de los límites de su póliza. La nueva Ley enmienda dicha doctrina y establece que el asegurador no indemnizará más allá de los límites de indemnización pactados con su asegurado.

Se trata, pues, de una reforma que sigue la línea marcada por la reforma de California, aunque incorpora alguna medida novedosa como es la citada regulación de los requisitos para peritar en los procesos de responsabilidad médica o la exigencia de un plus de reproche culpabilísimo en el ámbito de los daños ocurridos en los servicios de urgencias.

¿Cuál ha sido el resultado, años después, de esta reforma? Cerca de treinta mil nuevos médicos se han licenciado en estos nueve años, habiendo recibido el *Texas Medical Board* un ochenta y tres por ciento más de solicitudes de ejercicio y habiendo concedido un setenta por ciento más de las mismas. Así, el Estado ha pasado del puesto cuarenta y nueve al puesto

veinte en la ratio de médicos per cápita. El número, por ejemplo, de obstetras en las zonas rurales se ha incrementado un veintisiete por ciento.

Por otro lado, el importe de las indemnizaciones se ha reducido dos tercios y las primas de los seguros de responsabilidad profesional han disminuido una media superior al veinticinco por ciento. Cier to es que existen autores, organizaciones y lobbies que consideran que tales resultados han beneficiado más a los profesionales y sus aseguradoras que a los propios pacientes (*Public Citizen's Congress Watch* o Charles Silver, *Texas University*)<sup>129</sup>. Sin embargo, lo que parece que no es discutible, en principio, es que la reforma no haya revertido la tendencia constante de pérdida de profesionales y no haya reducido el coste de la actividad, al menos en cuanto al seguro se refiere, para los médicos.

En la siguiente tabla puede comprobarse la evolución descendente de los pagos por responsabilidad en dicho Estado de Texas<sup>130</sup>:

**Malpractice Payments on Behalf of Texas Doctors, 1991-2008**

Year	Number of Payments	Average	Total Value
1991	964	\$162,171	\$156,333,350
1992	1,009	\$180,878	\$182,505,550
1993	978	\$154,024	\$150,635,600
1994	1,038	\$148,065	\$153,691,050
1995	996	\$146,829	\$146,241,800
1996	1,061	\$185,438	\$196,750,050
1997	861	\$165,057	\$142,114,250
1998	920	\$177,635	\$163,423,800
1999	973	\$206,184	\$200,616,600
2000	1,080	\$188,660	\$203,752,350
2001	1,131	\$270,733	\$306,198,550
2002	1,041	\$221,966	\$231,066,300
2003	1,067	\$224,652	\$239,703,200
2004	1,077	\$233,858	\$251,865,300
2005	1,017	\$182,953	\$186,063,000
2006	628	\$169,884	\$106,687,250
2007	538	\$162,265	\$87,298,750
2008	464	\$170,362	\$79,048,000

Source: National Practitioner Data Bank

129 En un informe elaborado por *Public Citizen*, organización no gubernamental que defiende en Washington DC los intereses de los consumidores se concluye que “*The only improvement in Texas since 2003 has been a decline in doctors' liability insurance premiums. But payments by liability insurers on behalf of doctors have dropped far more than doctors' premiums. This suggests that insurers are pocketing more of the savings than they are passing to doctors*”. Vid. “Liability limits in Texas fail to curb medical costs”, *Public Citizen*, diciembre 2009, p. 1. Puede accederse a dicho informe a través de la página web [www.citizen.org](http://www.citizen.org). Último acceso el 21 de mayo de 2013. Sobre esta misma posición que considera que la reforma ha beneficiado más a las aseguradoras y a los médicos que a los pacientes, vid., también, CHEN, B.K., “Defensive medicine under enterprise insurance: Do physicians practice defensive medicine, and can enterprise insurance mitigate its effect?”, *Preliminary paper*, Stanford University, p. 23.

130 Vid. “Liability limits in Texas fail to curb medical costs”, *cit.*, p. 7.

Como valoración global de la reforma, *The Wall Street Journal* ha llegado a decir que “*Before the reform, Texas was a kind of holy place on the tort bar pilgrimage. Now it's a Mecca for doctors, especially the emergency physicians, obstetricians and surgical specialists who elsewhere can face blue-sky malpractice premiums*”<sup>131</sup>.

Sin embargo, según un estudio de *Jackson Healthcare*, la reforma de Texas ha fracasado, al menos, en lo que se refiere a la reducción de la medicina defensiva. Los médicos de este Estado que han participado en la encuestas sobre medicina defensiva no ofrecen respuestas ni datos diferentes a los del resto de los Estados en los que no existen reformas del sistema de responsabilidad médica como la de Texas<sup>132</sup>. Aunque también es cierto que hay estudios que indican que los efectos económicos sobre el gasto sanitario de las reformas en el sistema de responsabilidad médica no son verdaderamente apreciables en el corto y medio plazo<sup>133</sup>.

En similares términos, otros autores tampoco consideran que la reforma de Texas haya reducido el gasto sanitario, porque la reducción del importe de las primas que ha producido tiene un impacto menor en el total de dicho gasto y, además, también consideran que dicha reforma no ha afectado a la práctica de la medicina defensiva en dicho Estado<sup>134</sup>.

## 2. Las propuestas a nivel federal.

Por lo que se refiere al nivel federal, no existe, como ya hemos venido señalando, una norma nacional que haya reformado la responsabilidad médica como, por el contrario, ha ocurrido en la última década en gran parte de los Estados. Sin embargo, existen ya propuestas formales al respecto, aunque veremos que ninguna de ellas ha sido aprobada por falta de acuerdo entre los dos grandes partidos.

Entre tales propuestas, debe destacarse singularmente la presentada en 2011 por el Partido Republicano y bajo el título de *HR 5 Protecting Access to*

131 Editorial “Loser pays, everyone wins”, *The Wall Street Journal*, 15 de diciembre 2010.

132 Vid. Informe “A costly defense: physicians sound off on the high price of defensive medicine in the US”, *cit.*

133 KESSLER, D. y MCCLELLAN, M., “Do doctors practice defensive medicine?”, *cit.*, p. 386.

134 PAIK, M. et al., “Will Tort Reform bend the cost curve? Evidence from Texas”, *cit.*, p. 209.

*Healthcare Act*<sup>135</sup>. Dicha proposición promueve una reforma sustancial del sistema de responsabilidad médica. La proposición fue aprobada en la Cámara de Representantes en la que el Partido Republicano tiene mayoría<sup>136</sup>, pero no superó el trámite en el Senado, Cámara en la que el Partido Demócrata conserva actualmente la mayoría.

Posteriormente, el Partido Republicano intentó lograr un acuerdo con el Partido Demócrata que permitiera aprobar dicha proposición, y ello, en el marco de discusión de las medidas para evitar el denominado precipicio fiscal en 2012, pero tampoco se logró acuerdo alguno<sup>137</sup>.

La citada proposición contenía las siguientes medidas en orden a superar la presunta crisis del sistema de responsabilidad médica:

- a) Una limitación del plazo de reclamación por mal praxis médica de tres años desde la fecha en la que se tenga constancia del daño, con algunas excepciones.
- b) Un límite de indemnización máxima de doscientos cincuenta mil dólares para los daños no económicos.
- c) Un límite de indemnización por daños punitivos que podría alcanzar los doscientos cincuenta mil dólares o dos veces el importe de los daños económicos y ciertas restricciones en cuanto a cuándo pueden reconocerse tales daños.
- d) La sustitución de la responsabilidad solidaria por un sistema de imputación a cada parte de la responsabilidad que le corresponda.
- e) Límites en función de tramos para los honorarios de los abogados.

---

135 El título completo de la propuesta permite comprobar con claridad cuál es su principal objetivo: *To improve patient access to health care services and provide improved medical care by reducing the excessive burden the liability system places on the health care delivery system.*

136 El texto fue votado el 22 de marzo de 2012 en dicha Cámara, obteniendo doscientos veintitrés votos a favor y ciento ochenta y uno en contra, pudiendo destacarse que siete de los votos a favor procedieron del propio Partido Demócrata y diez de los votos en contra del Partido Republicano. Puede accederse al resultado de la votación a través de la página web del Congreso, en [www.congress.gov](http://www.congress.gov). Último acceso el 8 de mayo de 2013.

137 Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 85.

f) Exclusión de daños punitivos para los productos que cumplan los requisitos de seguridad que vengan establecidos por la Administración competente (en este caso, *Food and Drug Administration*).

g) La posibilidad de presentar pruebas de ingresos procedentes de fuentes colaterales (tales como pagos de seguro de vida y seguro de salud) en juicio para minorar la indemnización a abonar<sup>138</sup>.

El contenido de dicha propuesta nos permite comprobar, una vez más, que la posición del Partido Republicano se traduce en la pretensión de reformar ambiciosamente el sistema de responsabilidad médica desde diferentes perspectivas. Por el contrario, el Partido Demócrata parece estar optando por una reforma de menor calado en lo que se refiere, estrictamente, a la responsabilidad médica.

### 3. Análisis de las diferentes alternativas de reforma del sistema de responsabilidad médica.

Vamos a analizar, a continuación, las diferentes propuestas de reforma que vienen formulándose tanto por la doctrina como por los grandes partidos. A este respecto, empezaremos por el estudio de las dos propuestas que parecen gozar de mayor aceptación y que suponen una modificación relevante del sistema de responsabilidad, para, posteriormente, analizar algunas otras propuestas.

#### 3.1 Límites en las indemnizaciones (*cap on damages*)

La aprobación de unos límites máximos a las indemnizaciones que los Tribunales pueden conceder en los litigios de responsabilidad médica constituye la principal propuesta de reforma y es la que se ha impuesto principalmente a nivel estatal. Se trata, en todo caso, de una alternativa que viene defendiéndose desde hace tiempo por el Partido Republicano y que ha puesto en práctica en diferentes Estados gobernados por dicho Partido. En concreto, encontra-

---

138 Para los representantes republicanos y según estimaciones de la *Congressional Budget Office* y de la *Joint Committee on Taxation*, durante el período 2012-2022, la aprobación de tales medidas reducirían el gasto directo en alrededor de cincuenta y seis mil millones de dólares y aumentaría los ingresos federales en más de diez mil millones de dólares. Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 85.

mos dicha figura no sólo en el Estado de Texas, como ya hemos comentado antes, sino también en Alaska, California, Colorado, Florida, Hawaii, Idaho, Indiana, Kansas, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, Nuevo México, Dakota del Norte, Ohio, Oklahoma, Carolina del Sur, Dakota del Sur, Utah, Virginia y West Virginia. En todo caso, tanto los supuestos a los que pueden aplicarse tales límites como los importes varían notablemente.

Otro ejemplo de esta posición favorable del Partido Republicano es el hecho de que tal alternativa ya fue propuesta a nivel federal durante el primer mandato presidencial de George W. Bush, habiéndose aprobado en la Cámara de Representantes una reforma en este sentido, bajo el título de *Help Efficient, Accessible, Low-Cost, Timely Healthcare Act*, 2003. Sin embargo, dicha proposición no pasó favorablemente el trámite de aprobación en el Senado<sup>139</sup>.

A nivel federal, y además de la propuesta hecha bajo el primer mandato del Presidente Bush, existe otra propuesta más reciente presentada por el Senador de Arizona, Jon Kyl, bajo el título de *Medical Liability Reform Act 2009* (ref. S. 1734) cuyas propuestas principales son muy similares a las que han presidido la reforma en el Estado de Texas. El 30 de septiembre de 2009 fue remitido el texto a la Comisión de Justicia del Senado sin que consten más trámites.

Para sus defensores, tal medida no afecta al derecho de los pacientes a reclamar: “*Caps on non-economic damages do not deny injured patients the ability to have their cases heard. States that have enacted caps have not seen a significant reduction in the number of claims, only in the number of unpredictable and unreasonably large awards for pain and suffering*”<sup>140</sup>.

Uno de los principales problemas jurídicos que presenta esta reforma es la posición que sobre la figura han mantenido algunos Tribunales Supremos estatales. Así, si algunos de ellos, encabezados por el Tribunal Supremo de California que ya en 1985 decla-

rara la constitucionalidad de la medida (*Fein v. Permanente Medical Group*)<sup>141</sup>, le han otorgado validez constitucional<sup>142</sup>, otros, por el contrario, han optado por su inconstitucionalidad. Este sería el caso reciente, por ejemplo, de Illinois y Georgia. En Illinois, el Tribunal Supremo declaró en *Lebron v. Gottlieb Memorial*, 2010, que una Ley que limitara el importe de la indemnización es contraria a la división de poderes en la medida que afecta a los poderes de los jueces acerca de la determinación del quantum indemnizatorio y, más concretamente, a su poder de *remittitur*, que como explicaremos más adelante, constituye, en esencia, una figura jurídica que habilita a los jueces para reducir el importe de la indemnización reconocida por un Jurado<sup>143</sup>.

En el caso de Georgia, el Tribunal declaró en *Atlanta Oculoplastic Surgery, P.C. v. Nestlehutt*, 2010, que la limitación de las indemnizaciones afecta a uno de los principios básicos del funcionamiento del Jurado, en virtud del cual, éste ostenta la facultad de establecer el quantum indemnizatorio atendiendo a los hechos objeto de enjuiciamiento<sup>144</sup>.

Ciertamente, tales decisiones de los Tribunales Supremos de Illinois y Georgia, solo afectan a la legislación de dichos Estados. Sin embargo, sí pueden tener en el futuro cierta influencia en otros Tribunales Supremos que deban enfrentarse a tal cuestión acerca de la constitucionalidad de la limitación de indemnizaciones. Además, en algunos Estados en los que también se han aprobado límites en las indemnizaciones, sus efectos no repercutan directamente en el precio de las primas de seguros ya que existen cierta inseguridad acerca de cómo se pronunciará en el futuro el correspondiente Tribunal Supremo estatal, vistos los antecedentes que acabamos de comentar<sup>145</sup>.

Otros Estados en los que tal medida no ha sido aceptada judicialmente son, además de los dos anteriores, Alabama, New Hampshire, Oregon y Wash-

141 Vid. 695 P.2d 665, 679 (Cal. 1985).

142 Veáanse, entre otros, el caso de Virginia (*Pulliam v. Coastal Emergency Services of Richmond Inc.*, 1999), Alaska (*Evans v. Alaska*, 2002) o West Virginia (*MacDonald v. City Hosp., Inc.*, 2011).

143 Vid. *Lebron*, 930 N.E.2d at 914. Sobre dicho caso, puede verse, NELSON, L., SWANSON, A. y BUCKLEY, M., “Lebron v. Gottlieb Memorial Hospital: Capping medical practice reform in Illinois”, *Annals of Health Law*, vol. 20, año 2011, pp. 1 a 13.

144 Vid. 691 S.E.2d at 223.

145 ROBERTI, R.A., “The disappearing provision: Medical Liability Reform vanishes from the Patient Protection and Affordable Care Act despite State Court split”, *cit.*, p. 159.

139 THORPE, K.E., “The medical malpractice crisis: recent trends and the impact of the State Tort reforms”, *cit.*, p. 21.

140 Esta es la posición que mantuvieron los miembros del Partido Republicano en las Comisión del Presupuesto de la Cámara de Representantes en mayo de 2012 con el fin de evitar el *precipicio fiscal*. Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 55.



ington. Además, existen otros cinco Estados en los que dicha medida no se admite por encontrarse prohibida por disposición constitucional; sería el caso de Arizona, Arkansas, Kentucky, Pennsylvania y Wyoming. En el caso de Wisconsin, existe una regulación de limitación de las indemnizaciones de carácter general, pero la limitación para el ámbito de la responsabilidad médica fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de dicho Estado<sup>146</sup>. Además, existen seis Estados en los que no se admiten los *punitive damages*: Louisiana, Nebraska, Washington, New Hampshire, Massachusetts y Michigan.

En todo caso, el mayor problema que presenta esta alternativa de reforma para que sea implantada a nivel federal es, más que jurídico, político, ya que no es del agrado, como ya hemos comentado antes, de la mayoría de miembros del Partido Demócrata. Así, como por ejemplo, el Presidente Obama, si bien es partidario de reformar el sistema de responsabilidad médica, no es, por el contrario, partidario de acudir a dicha alternativa de limitar las indemnizaciones<sup>147</sup>.

Para el análisis de esta propuesta, es conveniente recordar que en el sistema de responsabilidad sanitaria norteamericano se establecen tres modalidades de daños indemnizables, los *non-economic damages* (dolor, sufrimiento, angustia), los *economic damages* (pérdida de ganancias y gastos médicos) y, por último, los *punitive damages*, para aquellos casos en los que se considere que la conducta ha sido especialmente grave o se haya producido en grave perjuicio en los derechos del paciente. Estos últimos raramente son admitidos en el ámbito de la responsabilidad médica, de manera que parece que el problema se sitúa esencialmente en el ámbito de los *non-economic damages*, cuya determinación deja un amplio margen de decisión al Juez.

Por ello, las propuestas que incorporan la limitación de indemnizaciones se han centrado fundamentalmente en limitar el importe máximo admisible en

146 *Ferdon v. Wisconsin Patients Compensation Fund*, 701 N.W.2d. 440, (Wis. 2005).

147 En el trámite de aprobación de la reforma sanitaria impulsada por el Presidente Obama y dentro del texto inicialmente propuesto por la Cámara de Representantes se propuso que únicamente pudieran beneficiarse de los programas federales para promover proyectos relacionados con la reforma del sistema de responsabilidad médica aquellos Estados que no hubieran aprobado reformas que incluyeran limitaciones de indemnizaciones de honorarios de letrados. Vid. H.R. 3962, § 2531. Vid., también, ROBERTI, R.A., “The disappearing provision: Medical Liability Reform vanishes from the Patient Protection and Affordable Care Act despite State Court split”, *cit.*, p. 155.

el caso de los *non-economic damages*. Así, lo más común ha sido aprobar reformas que trataran de limitar estos últimos, lo que podía apreciarse en los primeros años del siglo XXI en diecinueve Estados. Sin embargo, otros cinco Estados tienen aprobados límites tanto para los *non-economic damages* como para los *economic damages*<sup>148</sup>.

Existe también otra modalidad de límite que viene referido a los honorarios de los abogados que defienden estos casos, los cuales habitualmente perciben por tal concepto un porcentaje del importe indemnizatorio reconocido. En este supuesto el límite actuaría como una forma de reducir el incentivo económico por iniciar un litigio<sup>149</sup>.

Por último, una última modalidad de *cap on damages* vendría constituida por aquellas propuestas que promueven que en los litigios de responsabilidad médica los demandados puedan tener acceso a la información que acredite si los reclamantes han visto o no compensados los daños por otra vía diferente, tal y como serían los seguros de vida, seguros laborales, o seguros de automóvil (*colateral source*).

Los estudios que se han realizado acerca del impacto que dichos límites en los importes indemnizatorios tienen sobre el sistema de responsabilidad muestran una reducción tanto del precio de las primas de seguro como del número de reclamaciones. Así, se ha concluido en algunos estudios que los límites en las indemnizaciones se asocian con índices de siniestralidad más bajos y primas más bajas. Por el contrario, en los Estados que han adoptado otras fórmulas de reforma de la responsabilidad ello no se aprecia con tanta claridad. Así, en los Estados con dichos límites, los índices de siniestralidad son un 11,7 por ciento más bajos<sup>150</sup>.

Un estudio del Departamento norteamericano de Salud ofrece los siguientes datos sobre el impacto que la limitación de indemnizaciones tiene en el incremento del precio de las primas en relación con aquellos Estados en los que no se ha aprobado una medida similar<sup>150</sup> (ver tabla página siguiente).

148 THORPE, K.E., “The medical malpractice crisis: recent trends and the impact of the State Tort reforms”, *cit.*, p. 25.

149 *Ibidem*, p. 26.

150 SCHMITT, R.A., “Tracking State Liability Reforms and their impact on the liability environment”, *Massachusetts College of Emergency Physicians*. Puede accederse a dicho trabajo a través de la página web del Colegio de Médicos de Urgencias de Massachusetts, en [www.macep.org](http://www.macep.org). Último acceso el 19 de mayo de 2013.

Estates with Caps < \$250,000		States without Caps	
California	20%	Arkansas	18%
Indiana	15%	Connecticut	50%
Montana	21%	Georgia	32%
Utah	5%	Nevada	35%
		New Jersey	24%
		Oregon	56%
		Pennsylvania	77%
		Washington	55%
		Ohio	60%
		West Virginia	30%
<b>AVERAGE</b>	<b>15%</b>	<b>AVERAGE</b>	<b>44%</b>
States with Caps < \$350,000		States without Caps	
California	20%	Arkansas	18%
Hawaii	0%	Connecticut	50%
Indiana	15%	Georgia	32%
Michigan	39%	Nevada	35%
Montana	21%	New Jersey	24%
New Mexico	13%	Oregon	56%
North Dakota	0%	Pennsylvania	77%
South Dakota	0%	Washington	55%
Utah	5%	Ohio	60%
Wisconsin	5%	West Virginia	30%
<b>AVERAGE</b>	<b>12%</b>	<b>AVERAGE</b>	<b>44%</b>

En otro estudio, se señala que, en el caso concreto de Texas, la aprobación de tales límites supone una reducción de más del setenta por ciento de la media de las indemnizaciones por daños inmateriales y de cerca del veinte por ciento en los pagos extrajudiciales<sup>151</sup>.

Sin embargo, también se ha planteado que, a medio o largo plazo, el efecto de las limitaciones de indemnizaciones en la reducción del precio de las primas no es tan evidente (“caps modestly constrain the growth of insurance premiums over time”)<sup>152</sup>.

También, se critica de dicha fórmula que no sirve como incentivo para que los médicos reduzcan los errores y que, además, impide que los daños de escasa cuantía sean reclamados<sup>153</sup>, aunque se ha apuntado

151 HYMAN, D.A. et al., “Estimating the effect of damages caps in medical malpractice cases: evidence from Texas”, *Journal of Legal Analysis*, vol. 1, núm. 1, año 2009, p. 358.

152 KACHALIA, A y MELLO, M.M., “New directions in medical liability reform”, *cit.*, p. 1566.

153 HELLINGER, F.J. y ENCINOSA, W.E., “Review

que dicho problema podría evitarse si se establece una limitación solo para los daños inmateriales pero no para los punitivos de manera que los médicos sabrían que si desatienden de manera grosera las exigencias de la *lex artis*, ello podría suponer tener que afrontar una importante indemnización<sup>154</sup>.

Además, varios estudios muestran que esta modalidad de reforma no tiene incidencia en la práctica de la medicina defensiva<sup>155</sup>. Se trataría de una reforma que afectaría, en principio, al precio de las primas

of the reforms to our medical liability system”, *Agency for Healthcare Research and Quality*, US Department of Health and Human Services, diciembre 2009, p. 5. Puede accederse a dicho trabajo a través de la página web de la Agency for Healthcare Research and Quality en [www.ahrq.gov](http://www.ahrq.gov). Último acceso el 19 de mayo de 2013.

154 ROBERTI, R.A., “The disappearing provision: Medical Liability Reform vanishes from the Patient Protection and Affordable Care Act despite State Court split”, *cit.*, p. 170.

155 CARRIER, E.R. et al, “Physicians’ fears of malpractice lawsuits are not assuaged by Tort reforms”, *cit.*, p. 1591. Vid., también, BAICKER, K. y CHANDRA, A., “Defensive medicine and disappearing doctors?”, *Health and Medicine*, otoño 2005, p. 31.

de seguro, aunque ello, según se ha sostenido, redundará también en beneficio de los pacientes que podrán tener acceso a mayor número de profesionales y a menor coste.

En definitiva, la reforma del sistema de indemnizaciones, tratando de limitar el importe máximo de éstas, sobre todo, en lo que se refiere a los daños inmateriales y morales puede que sea el principal ejemplo del camino seguido por las reformas a nivel estatal, aunque a nivel federal puede encontrar con el escollo principal que supone que el Partido Demócrata no apoye la misma.

### 3.2 Tribunales especializados (*Health Courts*)

La creación de Tribunales especializados en responsabilidad médica (*Health Courts*) no es una propuesta novedosa, ya que se trata de una fórmula ya planteada hace años como respuesta a las primeras crisis de la mal praxis (la AMA propuso ya crear unos Tribunales administrativos especializados en dicho ámbito de la responsabilidad en 1988)<sup>156</sup>. Sin embargo, ha sido recientemente cuando parece haber tomado mayor impulso, y ello, porque parece que cuenta ahora con el respaldo de los dos grandes Partidos, aunque el Partido Republicano cree que es insuficiente y que debiera completarse con otras medidas. Un ejemplo de este aparente consenso lo encontramos en la última campaña electoral en la que tanto el candidato Romney como el propio Obama se mostraron favorables a impulsar una reforma de la responsabilidad médica que promoviera la creación de estos Tribunales especializados en dicha materia.

Además, parece que la misma satisface también tanto a los profesionales sanitarios, como lo acredita la posición que al respecto ha mantenido la AMA, como a los propios pacientes a través de la opinión expresada por las asociaciones de consumidores. Así, algunas encuestas muestran que dos tercios de los ciudadanos encuestados consideran acertada tal propuesta (*Clarus Research Group*), sin que además haya diferencias entre la posición al respecto de los votantes del partido republicano y demócrata (68 por ciento de los republicanos y 67 por ciento de los demócratas apoyan la medida e, incluso, entre los que se proclaman independientes, un 61 por ciento la apoya también)<sup>157</sup>.

<sup>156</sup> NELSON, L.J., MORRISEY, M.A. y BECKER, D.J., "Medical liability and Health Care Reform", *cit.*, pp. 516 y 517.

<sup>157</sup> Vid. *The Wall Street Journal* en su edición de 4 de marzo de 2013.

La posición doctrinal que apoya esta solución se basa en la idea de que el principal problema que presenta el sistema de responsabilidad médica es la difícil previsibilidad acerca de los resultados de los procesos, de manera que los abogados no son capaces de desarrollar una correcta estrategia de defensa en la medida que les es difícil prever cuales son los criterios a los que va a atender el Juez o Jurado. Como ya pusimos de manifiesto anteriormente, diferentes estudios señalan que este es el principal problema que presenta la responsabilidad sanitaria en Estados Unidos<sup>158</sup>.

Por otro lado, se ha apuntado que formalmente no ha de existir ningún problema con dicha propuesta en la medida que la presencia de Tribunales especializados es ya una realidad en diferentes ámbitos, tales como el ámbito tributario, concursal, laboral, seguros sociales o, incluso, en el propio ámbito de la sanidad en el que encontramos ejemplos como los *Vaccine Liability Courts* o los *Mental Health Courts*<sup>159</sup>. Sin embargo, algunos autores consideran que la creación de dichos Tribunales podría constituir una vulneración del derecho constitucional de los ciudadanos a que sus reclamaciones sean resueltas por un jurado, conforme recogen las Constituciones estatales<sup>160</sup>.

La propuesta, en palabras de Philip K Howard es "not at stopping lawsuits but at delivering fair and reliable decisions. A special court would provide expedited proceedings with knowledgeable staff that would work to settle claims quickly. Trials would be conducted before a judge who is advised by a neutral expert, with written rulings on standards of care"<sup>161</sup>. Así pues, la propuesta no consiste tanto en reducir el número de litigios sobre responsabilidad médica, sino promover una resolución más rápida y profesio-

<sup>158</sup> STUDDERT, D.M y MELLO, M.M., "When Tort resolutions are "wrong": Predictors of discordant outcomes in medical malpractice litigation", *cit.*, p. 27.

<sup>159</sup> HOWARD, P.K., "The menu of malpractice reforms", *The Atlantic*, edición de junio de 2009. Puede accederse a dicho trabajo a través de la página web [www.theatlantic.com](http://www.theatlantic.com). Último acceso el 22 de abril de 2013.

<sup>160</sup> Vid. Comparecencia como experto en responsabilidad médica de Neil Vidmar, profesor de la Universidad de Duke, ante la Comisión de Salud, Educación, Trabajo y Pensiones del Senado (*The Senate Committee on Health, Education, Labor and Pensions*), 22 de junio de 2006. Puede accederse al documento que recoge dicha comparecencia a través de la página del Senado en [www.senate.gov](http://www.senate.gov). Último acceso el 2 de mayo de 2013.

<sup>161</sup> HOWARD, P.K., "Just medicine", *New York Times* en su edición del 2 de abril de 2009, en su página A27. Puede accederse a este trabajo a través de la página web [www.nytimes.com](http://www.nytimes.com). Último acceso el 22 de abril de 2013.

nal de los mismos, atendiendo a unos criterios comunes sobre los estándares de enjuiciamiento de estos casos: “A health court system would likely be faster, less adversarial, and more predictable than the current medical liability system”<sup>162</sup>.

Además, se considera que la creación de los Tribunales especializados en este campo puede suponer un avance en el empleo del concepto de evitabilidad en lugar del concepto de negligencia que habitualmente viene utilizándose para enjuiciar la actuación de los profesionales de la sanidad lo que afecta directamente a la disposición de los profesionales a comunicar sus errores. El término evitabilidad ha de jugar en favor de reducir el estigma personal que supone la responsabilidad sanitaria y promover una verdadera cultura de seguridad de los pacientes y de notificación de efectos adversos<sup>163</sup>. Como puede verse, se trataría de una propuesta que vendría a postular tanto la especialización del Tribunal como la incorporación de elementos de responsabilidad objetiva en el enjuiciamiento del caso a través de dicho concepto de evitabilidad.

Por otro lado, la creación de dichos Tribunales habría de reducir el coste de los litigios de manera que el coste principal se tradujera, en su caso, en indemnizaciones y no en costes procesales como ocurre ahora, cuando se estima que sesenta centavos por dólar gastado se destina a gastos.

También, la creación un sistema de justicia que por su especialización habría de basar sus decisiones en estándares de actuación médica consensuados incidiría necesariamente en la medicina defensiva<sup>164</sup>. A este respecto, hay que entender que la especialización habría de provocar mayor consenso en las decisiones y por ende mayor previsibilidad lo que evitaría determinadas prácticas de medicina defensiva que ya carecerían de fundamento por no tener que suponer, de acuerdo con dichos estándares jurisprudenciales de buena conducta, riesgo legal alguno. Ello también

162 MELLO, M.M. et al., “Who pays for medical errors? An analysis of adverse event costs, the medical liability system, and incentives for patient safety improvement”, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 4, núm. 4, diciembre 2007, p. 856.

163 BARRAND, N., “Health courts may provide an answer”, blog *Pioneering Ideas*, 7 de mayo de 2007. Puede accederse a dicho documento a través de la página web [http://www.rwjf.org/en/blogs/pioneering-ideas/2007/05/health\\_courts\\_m.html](http://www.rwjf.org/en/blogs/pioneering-ideas/2007/05/health_courts_m.html). Último acceso el 22 de abril de 2013.

164 HOWARD, P.K., “Just medicine”, *New York Times* en su edición del 2 de abril de 2009, en su página A27. Vid., también, BARRINGER, P.J., “A new prescription for America’s medical liability system”, *cit.*, pp. 245 y 246.

incidiría en las políticas de seguridad del paciente, ya que el corpus doctrinal más uniforme que resultaría de tales Tribunales permitiría desarrollarlas partiendo de cuáles son los criterios de enjuiciamiento de la *lex artis* exigida a los profesionales.

La principal crítica que se ha hecho a esta propuesta es el riesgo de que los integrantes de dicho Tribunal, al tener que ser elegidos por los ciudadanos en su condición de jueces estatales, podrían verse excesivamente influidos en su elección por los diferentes grupos de interés<sup>165</sup>. Dicho riesgo podría minorarse si tales jueces son nombrados y no elegidos por los ciudadanos, lo cual no es posible en algunos Estados<sup>166</sup>. También se ha mencionado como problema el papel que tendrían los expertos (peritos) en dichos Tribunales, de manera que sería harto difícil aceptar que vayan a valorar los casos con objetividad cuando diferentes estudios nuestros que es extraño que un médico acepte que otro compañero ha actuado en contra de la buena praxis<sup>167</sup>. Otros autores dudan de la eficacia de dicha medida al tratarse de una fórmula que prácticamente no se ha probado en ningún Estado<sup>168</sup>.

En 2011, un miembro de la Cámara de Representantes, el republicano por Texas, Marc Thornberry, presentó una proposición de ley que llevaba por título “Medical Liability Procedural Reform Act of 2011” (ref. HR 314), en virtud de la cual, se pretendía que por parte del Estado se proporcionaran ayudas económicas a los diferentes Estados para el desarrollo de Tribunales especializados en responsabilidad sanitaria (“To provide grants to States for health care tribunals”)<sup>169</sup>.

Bajo el término *Health Care Tribunal* habrá que entenderse, según dicha propuesta, aquellos Tribuna-

165 STRUVE, C.T., “Doctors, the adversary system, and procedural reform in medical liability litigation”, *cit.*, pp. 998 y 999. En similares términos, vid. PETERS, P.G., “Health Courts?”, *Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 2007-15*, University of Missouri-Columbia, p. 23; y CHOW, E., “Health Courts: An extreme makeover of medical malpractice with potentially fatal complications”, *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, vol. VII, núm. 2, año 2007, p. 391.

166 STRUVE, C.T., “Doctors, the adversary system, and procedural reform in medical liability litigation”, *cit.*, p. 1000.

167 PETERS, P.G., “Health Courts?”, *cit.*, p. 26.

168 HELLINGER, F.J. y ENCINOSA, W.E., “Review of the reforms to our medical liability system”, *cit.*, p. 4.

169 Puede accederse al texto de dicha proposición a través de la página web del Congreso en [www.congress.gov](http://www.congress.gov). Último acceso el 23 de abril de 2013.

les de Justicia o Tribunales administrativos: a) Cuya única función sea la de resolver los litigios por daños ocasionados por proveedores de servicios de asistencia sanitaria; b) A los que todo o parte de dichas disputas esté asignado; c) Cuyas decisiones sean vinculantes y recurribles; y d) Cuyos Jueces estén especializados en temas de asistencia sanitaria y en resolver litigios sobre el estándar de cuidado.

La propuesta tuvo entrada en la Cámara de Representantes a principios de enero de 2011 y el 7 de febrero del mismo año fue remitida a la correspondiente Comisión de Justicia de la Cámara donde no consta que se haya tramitado nada al respecto.

También, hay alguna propuesta concreta que está tramitándose a nivel estatal. Así, en el Estado de Georgina se tramita en su Senado la denominada "Patient Injury Act", Senate Bill 141, que propone la creación de dichos Tribunales especializados.

### 3.3 Responsabilidad objetiva (*non-fault system*)

Esta es una propuesta que tiene algunos partidarios que se han fijado en los ejemplos que al respecto pueden encontrarse en otros países, entre los que destaca Suecia<sup>170</sup>, considerando algunos estudios que es la mejor alternativa para luchar contra la medicina defensiva<sup>171</sup>. Igualmente, se considera que es la fórmula más adecuada para promover una política de seguridad de los pacientes y luchar contra los efectos adversos en la medida que facilita la comunicación de éstos por parte de los profesionales al eliminarse las consecuencias negativas de dicha comunicación, es decir, la litigación<sup>172</sup>.

La alternativa parte principalmente de un estudio elaborado por la Universidad de Harvard a principios de los años noventa en el tras hacer un análisis del porcentaje de efectos adversos que se producían en cincuenta y un Hospitales del Estado de Nueva York y valorar cuáles de ellos derivaban de una conducta negligente de los profesionales,

170 Alan Daley propone avanzar hacia un modelo muy similar al sueco. Puede accederse a dicho trabajo a través de la página web de la American Consumers Institute, en [www.theamericanconsumer.org](http://www.theamericanconsumer.org). Último acceso el 24 de abril de 2013.

171 Vid. Informe "A costly defense: physicians sound off on the high price of defensive medicine in the US", *cit.*

172 HUANG, H. y SOLEIMANI, F., "What happened to no-fault? The role of error reporting in Healthcare Reform", *Houston Journal of Health Law & Policy*, vol. 10, año 2010, pp. 4 y 5.

proponía modificar el sistema de responsabilidad por un basada en la responsabilidad objetiva<sup>173</sup>.

Además, como ya hemos comentado, en algunos casos se conecta con la anterior alternativa, de manera que se propone no solo crear dichos Tribunales especializados en responsabilidad médica, sino que, además, tales Tribunales actúen en un modelo de responsabilidad objetiva. Este parece ser la propuesta que hemos comentado que se está precisamente tramitando ahora en Georgia, que contendría ambas ideas, un Tribunal especializado actuando conforme a un modelo de responsabilidad objetiva.

Sin embargo, existen ciertas dudas acerca de la viabilidad de este modelo y de cuál sería el impacto en el número anual de reclamaciones. Se trata de una fórmula que, si bien, disminuye notablemente los gastos procesales que, recordemos, suponen un porcentaje muy alto del gasto total del sistema de responsabilidad médica, y también la cuantía de las indemnizaciones, ya que el sistema se basaría en unos importes más o menos fijos por concepto, puede implicar incremento notable del número total de reclamaciones<sup>174</sup>. Así, se ha apuntado que puede suponer un incremento notable de las reclamaciones por daños de pequeña consideración, ya que, al rebajarse notablemente los gastos del litigio, para tales pacientes será ya rentable presentar la reclamación<sup>175</sup>. De este modo, si bien reduciría los costes procesales, el impacto económico final podría ser muy superior al incrementar el número de solicitudes de indemnización<sup>176</sup>.

Por otro lado, algún autor considera que se trata de una fórmula que no es realmente eficaz en la lucha por la seguridad del paciente ya que, a la postre,

173 Vid. *Harvard Medical Practice Study, Patients, doctors, and lawyers: Medical injury, malpractice litigation and patient compensation in New York*, The Report of the Harvard Medical Practice, Study To the State of New York, octubre 1990. Vid., también, más recientemente, BRENNAN, T.A., et al., "Incidence of adverse events and negligence in hospitalized patients: results of the Harvard Medical Practice Study I", *New England Journal of Medicine*, vol. 324, año 1991, Volume 324, pp. 370 a 376.

174 STRUVE, C.T., "Doctors, the adversary system, and procedural reform in medical liability litigation", *cit.*, p. 992. Vid., también, DANZON, P.M., *Frequency and severity of medical malpractice claims*, *Journal of Law and Economics*, vol. 27, núm. 1, abril 1984, p. 136.

175 STRUVE, C.T., "Doctors, the adversary system, and procedural reform in medical liability litigation", *cit.*, p. 992.

176 HUANG, H. y SOLEIMANI, F., "What happened to no-fault? The role of error reporting in Healthcare Reform", *cit.*, p. 7.

desincentiva al médico a la hora evitar errores. En un modelo basado en la culpa, el estigma que para la profesionalidad del médico supone el verse condenado juega como incentivo en orden a evitar los errores<sup>177</sup>. Y en este mismo sentido, los médicos que debieran ser apartados del sistema por sus conductas negligentes quedarían protegidos por el propio modelo<sup>178</sup>. Así, se ha propuesto que un sistema de responsabilidad objetiva debe incorporar también una fórmula disciplinaria que permita identificar a dichos profesionales y apartarlos de la actividad<sup>179</sup>.

También se ha señalado que dicha fórmula puede encontrar problemas en su desarrollo en la medida que en Estados Unidos, a diferencia de otros Estados (véase, los Estados de Europa), no existe una conciencia social de solidaridad, de manera que se acepte asumir colectivamente los daños sufridos por unos pocos<sup>180</sup>. En todo caso, tampoco debe olvidarse que dicho obstáculo se ha superado sin grandes problemas en algunas fórmulas de responsabilidad objetiva y, precisamente, en el ámbito sanitario como es el sistema objetivo de reparación de los daños derivados de las vacunas (*National Childhood Vaccine Injury Act*, 1986), al que ya nos hemos referido anteriormente.

Pese a ello, se trata de una alternativa que ya se ha probado, aunque veremos que muy limitadamente, en dos Estados, Florida (a través de la *Birth-Related Neurological Injury Compensation Act*, 1988) y Virginia (a través de la *Birth-Related Injury Compensation Act*, 1987). En ambos Estados se ha creado un sistema alternativo de compensación de los daños sufridos por recién nacidos como consecuencia de las maniobras de parto o de reanimación (*Birth-Related Neurological Injury Compensation System*). Se trata de sistemas voluntarios que pretenden garantizar una resolución de los casos más temprana y con menor coste<sup>181</sup>.

177 *Ibidem*, p. 8.

178 *Ibidem*, p. 8.

179 GELLHOM, W., "Medical malpractice litigation (U.S.)-Medical mishap compensation (N.Z.)", *Cornell Law Review*, vol. 73, año 1988, p. 207.

180 Así, Rodwin señala, literalmente, que "A key obstacle to the creation of no-fault insurance, or a system to compensate medical injuries without regard to fault, is that Americans have a weak sense of social solidarity. They disfavor social insurance and mutualizing risk. They do not believe that the public should take responsibility for covering such injuries. In contrast, France has a strong sense of social solidarity, as demonstrated by its public medical insurance system". Vid. RODWIN, M.A., "French medical malpractice Law and policy through american eyes: what it reflects about public and private aspects of American Law", *Legal Studies Research Paper Series Research Paper 11-53*, Suffolk University, noviembre 2011, p. 130.

181 BOVBJERG, R.R. y SLOAN, F.A., "No-fault for

Como características de dicho sistema, pueden destacarse las siguientes:

1. Solo pueden emplearse en los casos concretos de daños a recién nacidos con ocasión del parto o de las maniobras de reanimación. En concreto, los requisitos para acceder al mismo son los siguientes: que haya un daño cerebral o de la medula espinal, que el niño haya nacido con vida, que su peso al nacer sea de, al menos, dos quilos y medio o dos quilos en el caso de partos múltiples, que el daño haya sido ocasionado por hipoxia o por daño mecánico durante el parto o las maniobras de resucitación, que el nacimiento haya tenido lugar en un Hospital con la participación de un médico, que el niño se encuentre física y mentalmente impedido y que los daños no tengan causa en una anomalía genética o congénita.
2. El acceso a dicho procedimiento excluye la posibilidad de reclamar simultánea o posteriormente una indemnización ante los Tribunales.
3. Las indemnizaciones cubrirían las necesidades que dichos recién nacidos tendrían en cuanto a cuidados y asistencia sanitaria y permitirían obtener, por parte de los padres, una indemnización por *non-economic damages* de un máximo de cien mil dólares (en Virginia no hay un importe máximo establecido).
4. Para poder emplearse frente a un profesional es preciso que éste haya aceptado previamente incorporarse a un listado de profesionales que permiten el modelo<sup>182</sup>.
5. El plazo máximo de reclamación se establece hasta los cinco años de edad del niño.

Se trataría pues de un sistema de reparación del daño sobre la base de criterios de responsabilidad objetiva, siendo su ventaja principal que permite obtener una resolución del caso en un breve espacio de

medical injury: Theory and evidence", *University of Cincinnati Law Review*, vol. 67, año 1998, pp. 82 a 112.

182 Por ejemplo, a través de la página web de *Florida Birth-Related Neurological Injury Compensation Association*, [www.nica.com](http://www.nica.com), institución que se encarga de tramitar tales reclamaciones en el Estado de Florida, puede accederse a los listados anuales de los médicos que han aceptado someterse al modelo.

tiempo y evita los importes costes que habitualmente conlleva un litigio.

Los resultados de este sistema han sido algo modestos por el número de casos que han tramitado, pese a que un noventa por ciento de los obstetras se han incorporado al modelo, pero ello responde a que el ámbito de la actividad sanitaria que cubren es muy reducido<sup>183</sup>. Además, algunos estudios muestran que el sistema es muy favorable en lo que se refiere al concepto indemnizatorio de los gastos médicos, pero no cubre suficientemente el lucro cesante<sup>184</sup>. También, se ha apuntado que el modelo, en lo que a Virginia se refiere, no ha supuesto un cambio en la práctica de la medicina defensiva<sup>185</sup>.

En todo caso, no parece la alternativa más viable a nivel federal ya que, como hemos señalado antes, hay dudas acerca del efecto que pueda producir en cuanto al incremento del número total de reclamaciones anuales.

### 3.4 Reducción de los plazos de ejercicio de las acciones de responsabilidad médica (*Statute of limitations*)

Otra de las reformas propuestas pretende limitar el plazo de reclamación de los daños provocados en el ámbito de la responsabilidad médica a uno o, en su caso, tres años. Tal propuesta pretende que cuando los profesionales sanitarios hayan de enfrentarse a una reclamación puedan tener a su disposición todavía las correspondientes pruebas en su defensa (“*in order to protect defendants from the prejudice of stale claims by requiring trials while the best evidence is still available*”)<sup>186</sup>. Además, tal medida da cierta previsibilidad al mercado asegurador acerca de los importes que habrán de destinar a garantizar el pago

183 SLOAN, F.A., WHETTEN-GOLDSTEIN, K. y HICKSON, G.B., “The influence of obstetric no-fault compensation on obstetricians’ practice patterns”, *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, vol. 179, núm. 3, año 1998, pp. 671 a 676. Vid., también, SLOAN, F.A. et al., “No-fault system of compensation for obstetric injury: winners and losers”, *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, vol. 91, núm. 3, año 1998, pp. 437 a 434.

184 WHETTEN-GOLDSTEIN, K. et al., “Compensation for birth-related injury: no-fault programs compared with tort system”, *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*, vol. 153, núm. 1, enero 1999, pp. 41 a 48.

185 EDWARDS, C.T., “The impact of a no-fault tort reform on physician decision-making: A look at Virginia’s birth injury program”, *cit.*, pp. 306 y 307.

186 Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 412.

de futuras reclamaciones<sup>187</sup>. Sin embargo, no es una propuesta que presida ninguna de las reformas estatales, al menos como propuesta principal.

### 3.5 Regulación de la prueba pericial

Algunos Estados han optado por una reforma cuya principal fundamento consiste en la regulación de los requisitos para poder actuar como perito en los procesos de responsabilidad médica. Entre los requisitos que vendrán ahora a exigirse destacan el de ostentar experiencia práctica y ejercer la misma especialidad que el profesional cuya conducta es objeto de enjuiciamiento. Se exige, por ejemplo, que al menos un sesenta por ciento de su actividad clínica o docente se corresponda con la especialidad del médico cuya actividad es objeto de pericia<sup>188</sup>. A través de estos requisitos se pretende que los peritos tengan suficiente experiencia y puedan garantizar la veracidad de su testimonio.

A nivel federal, la propuesta a la que antes nos hemos referido y que fue presentada en 2009 por el Senador de Arizona, Jon Kyl, bajo el título de *Medical Liability Reform Act 2009* (ref. S. 1734), incluía junto a la limitación de las indemnizaciones una propuesta de regular determinados requisitos para actuar como perito en los litigios de responsabilidad médica y, entre ellos, se recogía la prohibición de que intervinieran peritos cuyos honorarios dependan del resultado del litigio.

Por otro lado, en algunos Estados también se exige que dicha prueba pericial se acompañe al escrito de demanda, incluso como requisito formal de admisibilidad de la misma (*certificate of merit*). Con ello, se quiere evitar que se tramiten casos de responsabilidad médica que carezcan de todo fundamento. De este modo, el Tribunal valorará, antes de admitir a trámite la reclamación, si esta viene apoyada pericialmente por la opinión de un experto. En similares términos, se exige que el caso sea evaluado previamente a su admisión por un grupo de expertos designados por el propio Tribunal<sup>189</sup>. Este sería el caso, por ejemplo, de Illinois en el que toda reclamación debe ir acompañada de un informe en el que un médico afirme que considera el caso razonablemente admisi-

187 BUDETTI, P.P. y WATERS, T.M., “Medical Malpractice Law in the United States”, *The Henry J Kaiser Foundation*, mayo 2005, p. 13.

188 Este sería el requisito principal de la reforma llevada a cabo en West Virginia. Vid. West Virginia Code §55.7B.7.

189 Vid. Alaska Statutes §09.55.536.

ble<sup>190</sup>. En Florida se recoge la misma exigencia pero también para el demandado, de manera que si éste no acepta la reclamación debe sustentar también su posición en el informe de un experto<sup>191</sup>.

### 3.6 Limitación de la responsabilidad solidaria (limitation on joint and several liability)

La responsabilidad solidaria constituye también una regla general del *common law*, de manera que en el ámbito de responsabilidad médica es habitual que cuando se condena a indemnizar los daños sufridos por los pacientes los diferentes aseguradores de las partes demandadas se vean en la tesitura de tener que afrontar el total del importe indemnizatorio. Por ello, se han propuesto reformas encaminadas a limitar tal principio de responsabilidad solidaria, de manera que cada parte haya de satisfacer únicamente el porcentaje de la condena total que le corresponda. En algunos Estados que ya han aprobado reformas en este sentido, tal límite no se recoge con carácter general, sino tan solo para los condenados que lo hayan sido a un porcentaje inferior al cincuenta por ciento o similar o solo respecto de la condena por daños inmateriales<sup>192</sup>. En otros Estados<sup>193</sup>, por el contrario, el límite juega sin excepciones<sup>194</sup>.

### 3.7 Medios alternativos de resolución de disputas (ADR systems)

En 2009 se presentó una proposición de Ley por parte del senador republicano Lindsey Graham, bajo el título de *Fair Resolution of Medical Liability Disputes Act of 2009* (ref. S. 2662), por la que se pretendía imponer un sistema de mediación previa obligatoria (ADR system) en los casos de daños derivados

de la responsabilidad médica. Tal propuesta señalaba que el mercado de la asistencia sanitaria y de los seguros de responsabilidad civil médica afectaba al comercio interestatal de manera que, al amparo de la *commerce clause doctrine*, el Congreso era competente para regular dicha norma como cauce para evitar el incremento de las primas de seguro y de los gastos de asistencia sanitaria. Tampoco consta que dicha propuesta se tramitara en el Senado más allá de su remisión a la Comisión de Justicia a principios de febrero de 2009.

Los que se muestran contrarios a esta propuesta alegan dos motivos<sup>195</sup>: en primer lugar, que tales órganos alternativos suelen habitualmente decidir en favor de los profesionales sanitarios, y ello, porque los organismos que suministran los correspondientes árbitros suelen tener mayor interés en satisfacer la posición de las instituciones sanitarias que les pagaran más que los pacientes individuales. En segundo lugar, se señala también que tal fórmula no resuelve aquellos casos en los que se produce un error en la decisión de los árbitros, al encontrarse mucho más limitadas las posibilidades de apelación<sup>196</sup>.

### 3.8 Evaluación previa de la reclamación por expertos (medical screening panels)

Otra propuesta es la de la evaluación previa de las reclamaciones por un comité de expertos (*medical screening panels*). Las modalidades de esta fórmula varían en los diferentes Estados en los que se ha implantado. Así, dichos paneles suelen estar integrados entre tres y siete miembros, encontrándose, entre ellos, al menos un Licenciado en Derecho y un profesional sanitario. El trámite de audiencia ante el panel es menos formal que el que se lleva a cabo ante un Tribunal, pero algunos Estados permiten la comparecencia de peritos y testigos.

Las competencias de estos paneles son diferentes según el Estado. Así, mientras en algunos Estados habrán de limitarse tan sólo a establecer si hay responsabilidad o no en el caso concreto, en otros pueden hacer una valoración acerca de cuáles son los daños producidos al paciente, pero sin poder valorarlos económicamente. Sin embargo, en algún Estado

190 Vid. 735 ILL. COMP. STAT. ANN. 5/2-622(A)(1).

191 Vid. FLA. STAT. ANN. § 766.203(2). Vid., también, HELLINGER, F.J. y ENCINOSA, W.E., "Review of the reforms to our medical liability system", *cit.*, p. 3.

192 En el caso de Pennsylvania, el condenado a un porcentaje inferior al sesenta por ciento de la condena total, solamente habría de abonar la parte proporcional que le corresponde. Vid. 42 Pa. Cons. Stat. § 7102(b.1). Por el contrario, el Ohio el porcentaje que determina si se aplica o no el límite es el del cincuenta por ciento, aunque en lo que se refiere a los daños inmateriales solo respondería por su porcentaje. Vid. Ohio Revised Code § 2307.22.

193 Sería, por ejemplo, el caso de Kansas. Vid. Kansas Statutes § 60-258a(d).

194 COHEN, H., "Medical malpractice liability reform: legal issues and Fifty-State survey of caps on punitive damages and noneconomic damages", *CRS Report for Congress*, enero 2006, p. 7.

195 Se recoge un análisis muy completo de esta fórmula y de sus diferentes alternativas en NELSON, L.J., "Medical malpractice and alternative dispute resolution", *American Journal of Trial Advocacy*, vol. 10, año 1986, pp. 345 a 363.

196 KESSLER, D.P., "The effects of the US malpractice system": A review of the empirical literature", *Working Paper*, p. 18.



sí se permite que el panel valore económicamente los daños, lo que equipara sus funciones prácticamente a las de un Tribunal de Justicia, como ocurre en el caso de Maryland, por ejemplo.

En algún Estado, como es el caso de Ohio, el Tribunal Supremo ha declarado inconstitucional esta fórmula por considerarla contraria al derecho al juicio por Jurado, ya que, aunque no afecta a la posibilidad de que alguna de las partes acuda ante el mismo, la opinión del panel es la que a la postre acaba por determinar la opinión de éste<sup>197</sup>. Sin embargo, en la mayoría de Estados los Tribunales han considerado esta fórmula respetuosa con el citado derecho.

Los principales beneficios de esta medida serían los de eliminar los litigios injustificados y promover los acuerdos prejudiciales<sup>198</sup>, evitando los costes que supone el proceso y que, como hemos visto anteriormente, constituyen el principal motivo de gasto en este ámbito y de incremento del precio de las primas<sup>199</sup>.

Sin embargo, algunos expertos consideran que esta medida no reduce el coste de los procesos, sino que, antes al contrario, los encarece y prolonga en el tiempo, ya que en muchos casos será indispensable desarrollar un trámite de audiencia a las partes<sup>200</sup>. Incluso, en algún Estado que implantó esta fórmula, como Pennsylvania, hubo una acumulación tal de asuntos sometidos a los paneles que provocó que muchos quedaran sin resolver por un largo espacio de tiempo<sup>201</sup>.

En definitiva, se trata de una alternativa ya probada en algunos Estados que no parece haber aportado resultados positivos, no habiendo supuesto una reducción ni de los costes, ni de las primas, ni de la medicina defensiva, por lo que no parece una fórmula que pudiera adoptarse a nivel federal.

197 Vid. *Simon v. St. Elizabeth Med. Ctr.*, 355 N.E.2d 903, 908 (Ohio 1976).

198 NATHANSON, M.J., "It's the economy (and combined ratio), stupid: examining the medical malpractice litigation crisis myth and the factors critical to reform", *cit.*, p. 9.

199 SORREL, A.L., "Litigation screening panels on trial: Are they working?", *American Medical News*, American Medical Association, Chicago, agosto, 2009. Puede accederse a dicho trabajo a través de la página web, [www.amednews.com](http://www.amednews.com).

200 STRUVE, C.T., "Doctors, the adversary system, and procedural reform in medical liability litigation", *cit.*, p. 993.

201 NATHANSON, M.J., "It's the economy (and combined ratio), stupid: examining the medical malpractice litigation crisis myth and the factors critical to reform", *cit.*, p. 10.

### 3.9. Modelos de comunicación de errores y disculpa médica (*I'm sorry Laws*)

Al amparo de esta fórmula, se establecen procedimientos de comunicación de los errores y petición de disculpa por parte de los profesionales e instituciones a los pacientes y familiares que hayan sufrido un efecto adverso. Así, se han desarrollado, por ejemplo, programas de formación de los profesionales en el manejo de estas situaciones<sup>202</sup>. Se considera que el ofrecimiento de disculpas seguida de una explicación de lo ocurrido dentro de los quince minutos siguientes a producirse el error reduce sustancialmente la posibilidad de que se produzca una reclamación<sup>203</sup>.

Sin embargo, esta alternativa exige, para tener virtualidad, que se acompañe de un procedimiento de compensación temprana del daño, ya que en muchos casos la mera explicación y disculpas no serán suficientes a fin de evitar que el paciente o sus familiares vean completamente reparado el daño sufrido y no acudan a la vía judicial<sup>204</sup>. Tal posibilidad, salvo que se fundamente en un modelo de responsabilidad objetiva, puede mostrarse poco eficaz, ya que fuera de los supuestos en los que la relación de causalidad entre la decisión médica y el daño sea evidente o en los que se trate de daños de poca importancia, la determinación de en qué medida la disculpa ha de ir seguida de una compensación puede exigir un periodo de tiempo algo extenso.

Igualmente, para que esta alternativa pueda tener virtualidad en la práctica, debe ir acompañada de una regulación que impida emplear en sede judicial tal petición de disculpas. En su defecto, difícilmente aceptarán los profesionales sanitarios participar en dicha propuesta si dudan de que la disculpa pueda ser empleada posteriormente como prueba de la existencia de un error no disculpable<sup>205</sup>.

202 WALTERS, A., "Medical liability reform and the States", *cit.*, p. 29. Vid. también, KACHALIA, A. et al., "Liability claims and costs before and after implementation of a medical error disclosure program", *Annals of Internal Medicine*, vol. 153, núm. 4, año 2010, pp. 213 a 221.

203 LANGEL, S., "Averting medical malpractice lawsuits: effective medicine— or inadequate cure?", *Health Affairs*, vol. 29, núm. 9, 2010, p. 1567.

204 NELSON, L.J., MORRISEY, M.A. y BECKER, D.J., "Medical liability and Health Care Reform", *cit.*, p. 511.

205 HO, B. y LIU, E., "Does sorry work? The impact of Apology Laws on medical malpractice", *Johnson School Research Paper Series* 04-2011, diciembre 2010, p. 2. Vid. también, NOVACK, D.H. et al., "Physicians' attitudes toward using deception to resolve difficult ethical problems", *Journal of the American Medical Association*, vol. 261, núm. 20, año 1998, pp. 2980 a 2985.

Se ha señalado como uno de los problemas principales de esta fórmula cómo puede compaginarse con el deber que tienen los profesionales al amparo del contrato de seguro de responsabilidad civil de no declarar unilateralmente su responsabilidad y colaborar con la compañía aseguradora<sup>206</sup>.

Algunos estudios apuntan que esta fórmula de explicación y disculpa acompañado de un mecanismo de ofrecimiento rápido de compensación del daño pueden reducir el coste de los gastos judiciales entre cien mil y doscientos mil dólares por caso, aunque es un debate que está precisamente abierto<sup>207</sup>.

Esta fórmula ha sido desarrollada en diferentes Estados y concretamente en Arizona, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Georgia, Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Missouri, Montana, Nebraska, New Hampshire, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Ohio, Oklahoma, Oregon, Carolina del Sur, Dakota del Sur, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia y Wyoming<sup>208</sup>. Todas estas normas son prácticamente idénticas en su contenido, pudiendo recogerse la regulación de Connecticut como ejemplo de todas ellas: “*In any civil action brought by an alleged victim of an unanticipated outcome of medical care, or in any arbitration proceeding related to such civil action, any and all statements, affirmations, gestures or conduct expressing apology, fault, sympathy, commiseration, condolence, compassion or a general sense of benevolence that are made by a health care provider or an employee of a health care provider to the alleged victim, a relative of the alleged victim or a representative of the alleged victim and that relate to the discomfort, pain, suffering, injury or death of the alleged victim as a result of the unanticipated outcome*”

206 RAPER, S.E., “No role for apology: Remedial work and the problem of medical injury”, *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, vol. XI, núm. 2, año 2011, pp. 296 y 297.

207 HERSCH, J., O’CONNELL, J. y VISCUSI, W.K., “An empirical assessment of early offer reform for medical malpractice”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 36, núm. S2, junio 2007, pp. S256. Sin embargo, estos estudios consideran que tal fórmula solo provoca una reducción de los gastos procesales en el caso de daños de pequeño importe económico. Vid. BLACK, B., HYMAN, D.A. y SILVER C., “The effects of “early offers” in medical malpractice cases: Evidence from Texas”, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 6, año 2009, pp. 758 y 759.

208 Véase el programa “Sorry Works”. En California, Massachusetts, Florida, Tennessee, Texas y Washington el programa tiene virtualidad para todo tipo de actividad industrial y no solo para la actividad sanitaria. En el resto de Estados se recoge tan solo para daños derivados de responsabilidad médica.

*of medical care shall be inadmissible as evidence of an admission of liability or as evidence of an admission against interest”*<sup>209</sup>.

Los resultados de estos programas parecen muy positivos. Así, ya desde 1987, el Veteran Affairs Hospital de Lexington, en el Estado de Kentucky, implantó un programa de comunicación de errores que ha supuesto una importante reducción de los pagos anuales por reclamaciones de responsabilidad médica. Si la media de coste de la responsabilidad médica alcanza un importe cercano a los cien mil dólares por caso en otros Hospitales de características similares, en el citado se ha reducido a quince mil<sup>210</sup>.

En la Universidad de Michigan que implantó también en los años noventa un programa similar al anterior y se aprecia igualmente una reducción del número de reclamaciones, pasando de ciento treinta y nueve en 1999 a sesenta y una en 2006<sup>211</sup>. Lo mismo ocurre en Illinois en el que se ha conseguido reducir los litigios un cuarenta por ciento<sup>212</sup>.

### 3.10. Evaluación judicial del impacto de la condena (*remittitur standard*)

La figura del *remittitur* es una figura norteamericana que permite al Tribunal moderar la cantidad reconocida como indemnización cuando considere que esta no es proporcional o es extraordinaria o groseramente excesiva (*grossly excessive*). Se trata de una figura que se aplica principalmente a los daños punitivos y en relación a las cuantías reconocidas por los jurados.

En 2002 y 2004 el Estado de Pennsylvania aprobó sendas reformas legales, a través de *The Medical Care Availability and Reduction of Error (MCARE) Act*, en virtud de las cuales los Tribunales estarían facultados para valorar en los casos de responsabilidad médica el impacto de sus decisiones en el acceso de

209 Conn. Gen. Stat. § 52-184d (2005). Vid. HO, B. y LIU, E., “Does sorry work? the impact of Apology Laws on medical malpractice”, *cit.*, p. 6.

210 HELLINGER, F.J. y ENCINOSA, W.E., “Review of the reforms to our medical liability system”, *cit.*, p. 5.

211 BOOTHMAN, R.C. et al., “A better approach to medical malpractice claims? The University of Michigan experience”, *Journal of Health and Life Science Law*, vol. 2, núm. 2, año 2009, p. 143.

212 HELLINGER, F.J. y ENCINOSA, W.E., “Review of the reforms to our medical liability system”, *cit.*, p. 5.

los ciudadanos a los servicios sanitarios<sup>213</sup>. Se trataría de una fórmula que permite, pues, al Tribunal reducir la indemnización si se considera que esta pone en riesgo tal acceso. Véanse, por ejemplo, aquellos casos en los que población únicamente cuente con uno o pocos centros hospitalarios y el importe indemnizatorio reconocido al reclamante ponga en riesgo la continuidad de alguno de los centros afectando a la asistencia sanitaria de la comunidad.

Sin embargo, el 17 de octubre de 2012, el Tribunal Supremo de Pennsylvania dictó una orden por la que revocaba parcialmente la virtualidad de dicha figura en el ámbito de los daños inmateriales<sup>214</sup>. En todo caso, se trata de una figura que ha tenido escasa trascendencia en la práctica judicial<sup>215</sup>.

## IX. CONCLUSIONES

1. La reforma de la responsabilidad médica constituye una asignatura pendiente del sistema legal norteamericano a nivel federal, cuya necesidad se ha visto acrecentada por la reciente reforma del sistema de asistencia sanitaria aprobada por el Congreso a propuesta del Presidente Obama.
2. Esta reforma vendría exigida por las constantes crisis a las que se ve sometido el sector del aseguramiento de la responsabilidad médica, con un incremento notable de las primas del seguro y la ausencia de compañías en régimen de competencia.
3. Se considera, además, que el sistema actual de responsabilidad médica no cumple con su fin principal que no ha de ser otro que compensar

---

213 Vid. 40 Pa. Cons. Stat. Ann. & 1303.515(a) (West Supp. 2003). Vid., también, &1042.72. Los términos literales en los que se expresa la primera de las normas son: “*In any case in which a defendant health care provider challenges a verdict on grounds of excessiveness, the trial court shall, in deciding a motion for remittitur, consider evidence of the impact, if any, upon availability or access to health care in the community if the defendant health care provider is required to satisfy the verdict rendered by the jury*”.

214 Orden núm. 567. Puede accederse a dicha decisión a través de la página web del Tribunal Supremo de Pensilvania, en [www.pacourts.us](http://www.pacourts.us).

215 Se cita un único caso en el que el Tribunal acudió a la figura del remittitur en el ámbito de la responsabilidad médica, *Michele Vogelsberger v Magee-womens Hospital of UPMC Health System and Anthony F. Gentile, MD*, 2006. También, la figura aparece en *Teresa A. Mcmanamon v. Edward L. Washko and Greater*, 2006, aunque en este caso el Tribunal no admitió su aplicación por tratarse de un caso de responsabilidad ajeno al ámbito sanitario (vid., en especial, apartados 53 y 54).

económicamente los daños sufridos por los pacientes. Un alto porcentaje de las cantidades se destinan, no a indemnizaciones, sino a gastos procesales.

4. Un importe sector doctrinal norteamericano, cuyas ideas vienen recientemente apoyadas por gran parte del Partido Demócrata, considera, sin embargo, que la reforma de la responsabilidad médica ha de ir necesariamente orientada a resolver el principal problema que no es otro que el impacto que en el incremento del gasto sanitario tiene la medicina defensiva.
5. Algunos autores sostienen, incluso, criterio que comparten también algunos miembros del Partido Demócrata, que la presunta crisis de la mal praxis no responde a un incremento notable ni de los litigios contra los médicos y demás profesionales sanitarios ni de la cuantía de las indemnizaciones reconocidas a los pacientes y familiares, sino que consideran que dicha crisis la genera el propio sector asegurador que en tiempos de crisis económica prefiere incrementar el precio de las primas al no obtener retornos importantes de las inversiones que realiza con aquéllas. De este modo, la presunta crisis de la mal praxis habrá de resolverse cuando se supere el actual contexto de crisis económica sin necesidad de introducir cambios legislativos o, al menos, éstos habrán de centrarse exclusivamente en la reforma del sector asegurador.
6. La posición de ambos Partidos, aunque coincide en la necesidad de reformar el sistema, es decir, comparte el diagnóstico, no comparte cuáles han de ser los principales elementos de dicha reforma. Incluso, se aprecian discursos absolutamente contradictorios por ambos partidos en relación a algunas cuestiones. Así, si bien el Partido Demócrata ha venido defendiendo la constitucionalidad de la reforma federal del sistema de asistencia sanitaria al no vulnerar el reparto de competencias entre la Federación y los Estados, a la hora de abordar la reforma del sistema de responsabilidad médica mantiene precisamente lo contrario. La misma contradicción apreciamos en el Partido Republicano que no encuentra obstáculos para una reforma federal del sistema de responsabilidad médica al amparo, fundamentalmente, de la cláusula de comercio (*commerce clause*), pero que sí los encuentra respecto de la reforma del sistema de asistencia sanitaria.

7. Se han probado ya varios modelos de reforma a nivel estatal, destacando en los últimos años la experiencia del Estado de Texas que desarrolló una reforma integral del modelo presidida por la limitación de la cuantía de las indemnizaciones.
8. La limitación de las cuantías indemnizatorias parece que es la principal propuesta que pudiera triunfar a nivel federal, aunque cuenta con el problema de que es rechazada, en principio, por el Partido Demócrata que considera que la reforma debería incluir otras propuestas y no precisamente dicha limitación de las indemnizaciones. Para dicho Partido, así como para parte de la doctrina, tal limitación sólo incide en el precio de las primas, por tanto, beneficia a las aseguradoras, sin que tenga efectos directos sobre la calidad de la asistencia o la medicina defensiva. Además, en algunos Estados es harto complicado que pueda tener efectos la limitación por prohibir dicha figura la Constitución estatal o por haberla declarado inconstitucional el correspondiente Tribunal Supremo del Estado.
9. La creación de Tribunales especializados es otra de las propuestas que cuenta con mayor aceptación por parte tanto de los Partidos como de los profesionales y los consumidores. Sin embargo, el Partido Republicano considera que dicha alternativa no debe ser única, sino completarse con otras, tales como la anteriormente mencionada, la limitación de las indemnizaciones.
10. Los países europeos no deberían desatender este debate que se viene planteando al otro lado del Atlántico. Si bien es cierto que tanto el contexto jurídico como el social y sanitario europeo no es equiparable al norteamericano, no es menos cierto que la crisis económica pone en cuestión la sostenibilidad del sistema sanitario. Ello pasa inexorablemente por la adopción de nuevas reformas de las que el sistema de responsabilidad médica necesariamente no puede quedar fuera.

## X. BIBLIOGRAFÍA

• ANDERSON, R.E., “Effective legal reform and the malpractice insurance crisis”, *Yale Journal Of Health Policy, Law, And Ethics*, vol. 1, año 2005, pp. 343 a 456.

- AVRAHAM, R., “Database of State Tort Law Reforms”, *Law and Economics Research Papers No. 184*, The University of Texas, septiembre 2011.
- BAICKER, K. y CHANDRA, A., “Defensive medicine and disappearing doctors?”, *Health and Medicine*, otoño 2005, pp. 24 a 31.
- BAICKER, K., FISHER, E.S. y CHANDRA, A., “Malpractice liability costs and the practice of medicine in the Medicare Program.” *Health Affairs*, vol. 26, num. 3, 2007, pp. 841a 852.
- BAKER, T., *The medical malpractice myth*, University of Chicago Press, Chicago, 2007.
- BAKER, T., “Liability insurance as Tort regulation: six ways that liability insurance shapes Tort Law in action”, *Connecticut Insurance Law Journal*, vol. 12, num. 1, año 2005, pp. 1 a 16.
- BAKER, T., “Health insurance, risk, and responsibility after the Patient Protection and Affordable Care Act”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 159, num. 6, junio 2011, pp. 1577 a 1622.
- BAKER, T., KRITZER, H. y VIDMAR, N., “Jackpot Justice and the American Tort System: Thinking beyond junk science”, *Legal Studies Research Paper Series*, Paper num. 95, William Mitchell College of Law, año 2008.
- BAKER, T. y LYTTON, T.D., “Allowing patients to waive the right to sue for medical malpractice: a response to Thaler and Sunstein”, *Northwestern University Law Review*, vol. 104, num. 1, año 2010, pp. 233 a 252.
- BARRINGER, P.J., “A new prescription for America’s medical liability system”, *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 9, año 2006, pp. 235 a 251.
- BAYER, A.S., “Looking beyond the easy fix and delving into the roots of the real medical malpractice crisis”, *Houston Journal of Health Law & Policy*, vol. 5, año 2004-2005, pp. 111 a 144.
- BEHRENS, M.A., “The constitutional foundation for federal medical liability reform”, *American Tort Reform Association (ATRA)*, mayo 2011.

- BEHRENS, M.A. y SILVERMAN, C., “The constitutional foundation for federal medical liability reform”, *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 15, año 2012, pp. 173 a 195.
- BISHOP, T.F., FEDERMAN, A.D. y KEYHANI, S., “Physicians’ views on defensive medicine: A national survey”, *Archives of Internal Medicine*, vol. 170, num. 12, junio 2010, pp. 1081 a 1083.
- BLACK, B., HYMAN, D.A. y SILVER C., “The effects of “early offers” in medical malpractice cases: Evidence from Texas”, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 6, año 2009, pp. 723 a 767.
- BOEHM, G., “Debunking medical malpractice myths: Unraveling the false premises Behind “Tort Reform””, *Yale Journal Of Health Policy, Law, And Ethics*, vol. 1, año 2005, pp. 357 a 370.
- BOOTHMAN, R.C. et al., “A better approach to medical malpractice claims? The University of Michigan experience”, *Journal of Health and Life Science Law*, vol. 2, núm. 2, año 2009, pp. 125 a 139.
- BOVBJERG, R.R., “Beyond Tort Reform: fixing real problems”, *Indiana Health Law Review*, vol. 3, año 2006, pp. 3 a 26.
- BOVBJERG, R.R. y SLOAN, F.A., “No-fault for medical injury: Theory and evidence”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 67, año 1998, pp. 54 a 123.
- BOVBJERG, R.R., MILLER, R.H. y SHAPIRO, D.W., “Paths to reducing medical injury: Professional liability and discipline vs. patient safety - and the need for a third way”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 29, año 2001, pp. 369 a 380.
- BRENNAN, T.A., et al., “Incidence of adverse events and negligence in hospitalized patients: results of the Harvard Medical Practice Study I”, *New England Journal of Medicine*, vol. 324, año 1991, Volume 324, pp. 370 a 376.
- BUDETTI, P.P. y WATERS, T.M., “Medical Malpractice Law in the United States”, *The Henry J Kaiser Foundation*, mayo 2005.
- CARRIER, E.R. et al, “Physicians’ fears of malpractice lawsuits are not assuaged by Tort reforms”, *Health Affairs*, vol. 29, num. 9, año 2010, pp. 1585 a 1592.
- CHARLES, S.C., “Coping with a medical malpractice suit”, *Western Journal of Medicine*, vol. 174, enero 2001, pp. 55 a 58.
- CHEN, B.K., “Defensive medicine under enterprise insurance: Do physicians practice defensive medicine, and can enterprise insurance mitigate its effect?”, *Preliminary paper*, Stanford University.
- CHOW, E., “Health Courts: An extreme makeover of medical malpractice with potentially fatal complications”, *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, vol. VII, núm. 2, año 2007, pp. 387 a 427.
- CIOFU, C., “The frequency and severity of medical malpractice claims: high risk and low risk specialties”, *Maedica a Journal of Clinical Medicine*, vol. 6, num. 3, 2011, pp. 230 y 231.
- CLINTON, H.R. y OBAMA, B., “Making patient safety the centerpiece of medical liability reform”, *New England Journal of Medicine*, vol. 354, num. 21, mayo 2006, p. 2205 a 2208.
- COHEN, H., “Medical malpractice liability reform: legal issues and Fifty-State survey of caps on punitive damages and noneconomic damages”, *CRS Report for Congress*, enero 2006.
- COHEN, J.R., “Apology and organizations: exploring an example from medical practice”, *Fordham Urban Law Journal*, vol. 27, junio 2000, pp. 1447 a 1482.
- DANZON, P.M., *Frequency and severity of medical malpractice claims*, *Journal of Law and Economics*, vol. 27, num. 1, abril 1984, pp. 115 a 148.
- DEWEES, D.N., TREBILCOCK, M.J. y COYTE, P.C., “The medical malpractice crisis: a comparative empirical perspective”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 54, num. 1, 1991, pp. 217 a 251.
- EDWARDS, C.T., “The impact of a no-fault tort reform on physician decision-making: A look at Virginia’s birth injury program”, *Revista Jurídica*

dica de la Universidad de Puerto Rico, vol. 80, num. 1, año 2010, pp. 285 a 310.

- FRENKEL, M., “Consensual medicine and the therapeutic partnership: Reducing the costs of defensive medicine and litigation”, *The Journal of Medical Practice Management*, num. 25, año 2009, pp. 78 y 79.
- GELLHOM, W., “Medical malpractice litigation (U.S.)-Medical mishap compensation (N.Z.)”, *Cornell Law Review*, vol. 73, año 1988, pp. 170 a 212.
- GREENBERG, M.D. et al., “Is better patient safety associated with less malpractice activity? Evidence from California”, Institute for Civil Justice, Rand Corporation, Santa Monica, 2010.
- GUNNAR, W.P., “Is there an acceptable answer to rising medical malpractice premiums?”, *Annals of Health Law*, vol. 13, año 2004, pp. 465 a 500.
- HALL, M.A., ELLMAN, I.M. y ORENTLICHER, D., *Health care, Law and Ethics*, 3 ed., Nutshell Series, West, St Paul, 2011.
- HELLINGER, F.J. y ENCINOSA, W.E., “Review of the reforms to our medical liability system”, *Agency for Healthcare Research and Quality*, US Department of Health and Human Services, diciembre 2009.
- HERSCH, J., O’CONNELL, J. y VISCUSI, W.K., “An empirical assessment of early offer reform for medical malpractice”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 36, num. S2, junio 2007, pp. S231 a S259.
- HO, B. y LIU, E., “Does sorry work? the impact of Apology Laws on medical malpractice”, *Johnson School Research Paper Series 04-2011*, diciembre 2010.
- HUANG, H. y SOLEIMANI, F., “What happened to no-fault? The role of error reporting in Healthcare Reform”, *Houston Journal of Health Law & Policy*, vol. 10, año 2010, pp. 1 a 34.
- HYMAN, D.A. et al., “Estimating the effect of damages caps in medical malpractice cases: evidence from Texas”, *Journal of Legal Analysis*, vol. 1, num. 1, año 2009, pp. 355 a 409.
- JENA, A.B., SEABURY, S, LAKDAWALLA, D. y CHANDRA, A., “Malpractice risk attending to physician specialty”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 7, num. 365, agosto 2011, p. 629 a 636.
- JOHNSON, S.H., “Regulating physician behavior: Taking Doctors’ Bad Law claims seriously”, *Saint Louis Law Journal*, vol. 53, año 2009, pp. 973 a 1032.
- JOST, T.S., “Health courts and malpractice claims adjudication through Medicare: Some questions”, *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 9, año 2006, pp. 280 a 290.
- KACHALIA, A y MELLO, M.M., “New directions in medical liability reform”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 16, num. 364, abril 2011, pp. 1564 a 1572.
- KACHALIA, A. et al., “Liability claims and costs before and after implementation of a medical error disclosure program”, *Annals of Internal Medicine*, vol. 153, num. 4, año 2010, pp. 213 a 221.
- KANE, K. C., “Medical liability claim frequency: A 2007-2008 snapshot of physicians”, *Policy Research Perspectives*, AMA, Chicago, 2010.
- KAPP, M.B., “Medical error versus malpractice”, *De Paul Journal of Health Care Law*, vol. 1, año 1997, pp. 751 a 772.
- KESSLER, D.P., “The effects of the US malpractice system”: A review of the empirical literature”, *Working Paper*.
- KESSLER, D. Y MCCLELLAN, M, “Do doctors practice defensive medicine?”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 111, num. 2, 1996, pp. 354 a 380.
- KLICK, J. y STRATMANN, T., “Medical malpractice Reform and physicians in high-risk specialties”, *Journal of Legal Studies*, vol. 36, num. 2, junio 2007, pp. S121 a 142.
- LAKDAWALLA, D. N. y SEABURY, S.A., “The welfare effects of medical malpractice liability”, Working Paper w15383, National Bureau of Economic Research, Cambridge, Massachusetts, septiembre 2009.

- LANGEL, S., “Averting medical malpractice lawsuits: effective medicine— or inadequate cure?”, *Health Affairs*, vol. 29, num. 9, 2010, pp. 1565 a 1568.
- LOCALIO, A.R. et al., “Relation between malpractice claims and adverse events due to negligence: Results of the Harvard Medical Malpractice Study”, *New England Journal of Medicine*, vol. 325, num. 4, Julio 1991, pp. 245 a 251.
- MELLO, M.M. et al, “National costs of the medical liability system”, *Health Affairs*, vol. 9, num. 29, septiembre 2010, pp. 1569 a 1577.
- MELLO, M.M. et al., “Who pays for medical errors? An analysis of adverse event costs, the medical liability system, and incentives for patient safety improvement”, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 4, num. 4, diciembre 2007, p. 835 a 860.
- MELLO, M.M., KELLY, C.N. y BRENNAN, T.A., “Fostering rational regulation of patient safety”, *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 30, num. 3, junio 2005, pp. 375 a 426.
- MELLO, M.M., KELLY, C.N. y BRENNAN, T.A., “The role of medical liability reform in Federal Health Care Reform”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 361, num. 1, año 2009, pp. 1 y 2.
- METZLER, I.S. y MEARA, J.G., “Medical liability reform: evidence for legislative and alternative approaches”, *Bulletin of the American College of Surgeons*, vol. 97, num. 1, enero 2012, pp. 6 a 11.
- NATHANSON, M.J., “It’s the economy (and combined ratio), stupid: examining the medical malpractice litigation crisis myth and the factors critical to reform”, *Penn State Law Review*, vol. 108, año 2004.
- NELSON, L.J., “Medical malpractice and alternative dispute resolution”, *American Journal of Trial Advocacy*, vol. 10, año 1986, pp. 345 a 363.
- NELSON, L., SWANSON, A. y BUCKLEY, M., “Lebron v. Gottlieb Memorial Hospital: Capping medical practice reform in Illinois”, *Annals of Health Law*, vol. 20, año 2011, pp. 1 a 13.
- NELSON, L.J., MORRISEY, M.A. y BECKER, D.J., “Medical liability and Health Care Reform”, *Health Matrix*, vol. 21, año 2011, p. 443 a 519.
- NOVACK, D.H. et al., “Physicians’ attitudes toward using deception to resolve difficult ethical problems”, *Journal of the American Medical Association*, vol. 261, num. 20, año 1998, pp. 2980 a 2985.
- PAIK, M. et al., “Will Tort Reform bend the cost curve? Evidence from Texas”, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 9, num. 2, junio 2012, pp. 173 a 216.
- PALMISANO, D.J., “Health care in crisis: The need for Medical Liability Reform”, *Yale Journal Of Health Policy, Law, And Ethics*, vol. 1, año 2005, pp. 371 a 384.
- PATTERSON, M., “The medical malpractice crisis: The product of insurance companies and a threat to women’s health”, *Quinnipiac Health Law*, vol. 8, año 2004-2005, pp. 109 a 139.
- PETERS, P.G., “Health Courts?”, *Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 2007-15*, University of Missouri-Columbia.
- PRIEST, G.L., “Punitive damages reform: The case of Alabama”, *Louisiana Law Review*, vol. 56, núm. 4, 1996, pp. 825 a 840.
- RAPER, S.E., “No role for apology: Remedial work and the problem of medical injury”, *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, vol. XI, núm. 2, año 2011, pp. 267 a 330.
- RICHARDS, E.P. y McLEAN, T.R., “Administrative compensation for medical malpractice injuries: Reconciling the brave new world of patient safety and the Torts System”, *Saint Louis University Law Journal*, vol. 49, año 2004-2005, pp. 73 a 104.
- ROBERTI, R.A., “The disappearing provision: Medical Liability Reform vanishes from the Patient Protection and Affordable Care Act despite State Court split”, *Legislation and Policy Brief*, vol. 8, num. 2, año 2012, pp. 145 a 172.
- RODWIN, M.A., “French medical malpractice Law and policy through american eyes: what it reflects about public and private aspects of Ame-

ican Law”, *Legal Studies Research Paper Series Research Paper 11-53*, Suffolk University, noviembre 2011, pp. 101 a 131.

- ROTER, D., “The patient-physician relationship and its implications for malpractice litigation”, *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 9, año 2006, pp. 304 a 314.

- ROTHSTEIN, M.A., “Health Care Reform and medical malpractice claims”, *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Conundrums and controversies in mental health and illness, invierno 2010, pp. 871 a 874.

- SAGE, W.M. y HYMAN, D.A., “Do Health Reform and Malpractice Reform fit together?”, *Law and Economics Research Paper No. 203*, University of Texas Law School.

- SCHMITT, R.A., “Tracking State Liability Reforms and their impact on the liability environment”, *Massachusetts College of Emergency Physicians*.

- SCHOENBAUM, S.C. y BOVBJERG, R.R., “Malpractice reform must include steps to prevent medical injury”, *Annals of Internal Medicine*, num. 140, año 2004, pp. 51 a 53.

- SEINER, J.A., “The failure of punitive damages in employment discrimination cases: A call for change”, *William and Mey Law Review*, vol. 50, num. 3, año 2008, pp. 735 a 796.

- SLOAN, F. A. y SHADLE, J.H., “Is there empirical evidence for ‘defensive medicine’? A reassessment”, *Journal of Health Economics*, vol. 28, num. 2, 2009, pp. 481 a 491.

- SLOAN, F.A., WHETTEN-GOLDSTEIN, K. y HICKSON, G.B., “The influence of obstetric no-fault compensation on obstetricians’ practice patterns”, *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, vol. 179, num. 3, año 1998, pp. 671 a 676.

- SLOAN, F.A. et al., “No-fault system of compensation for obstetric injury: winners and losers”, *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, vol. 91, num. 3, año 1998, pp. 437 a 434.

- SORREL, A.L., “Litigation screening panels on trial: Are they working?”, *American Medical News*, American Medical Association, Chicago, agosto, 2009.

- STRUVE, C.T., “Doctors, the adversary system, and procedural reform in medical liability litigation”, *Fordham Law Review*, vol. 72, año 2004, pp. 943 a 1016.

- STUDDERT, D.M y MELLO, M.M., “When Tort resolutions are “wrong”: Predictors of discordant outcomes in medical malpractice litigation”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 36, num. 2, junio 2007, pp. 1 a 39.

- STUDDERT, D.M, MELLO, M.M. y BRENNAN, T.A., “Medical malpractice”, *New England Journal of Medicine*, vol. 3, num. 350, enero 2004, pp. 283 a 292.

- STUDDERT, D.M et al., “Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 19, num. 354, mayo 2006, pp. 2024 a 2033.

- STUDDERT, D. et al., “Defensive medicine among high-risk specialist physicians in a volatile malpractice environment”, *Journal of American Medical Association JAMA*, 1 de junio 2005, pp. 2609 a 2617.

- STEWART, L.S., “Constitutional requirements for punitive damages”, *The Florida Bar Journal*, marzo 2004, pp. 34 a 38.

- THALER y SUNSTEIN, C., *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*, Yale University Press, New Haven, 2008.

- THOMAS, J., “The effect of medical malpractice”, *Annals of Health Law*, vol. 19, Primavera 2010, pp. 306 a 315.

- THOMAS, J.W., ZILLER, E.C. y THAYER, D.A., “Low costs of defensive medicine, small savings from Tort Reform”, *Health Affairs*, vol. 29, num. 9, año 2010, pp. 1578 a 1584.

- THORP, J. et al., “Workplace Engagement and Workers’ Compensation Claims as Predictors for Patient Safety Culture”, *Journal of Patient Safety*, vol. 8, núm. 4, agosto 2012, pp. 194 a 201.

- THORPE, K.E., “The medical malpractice crisis: recent trends and the impact of the State Tort reforms”, *Health Affairs*, 21 de enero 2004, pp. 20 a 30.



- VIDMAR, N., GROSS, F. y ROSE, M., “Jury awards for medical malpractice and post-verdict adjustments of those awards”, *De Paul Law Review*, vol. 48, año 1998, pp. 265 a 300.
- VIDMAR, N. y MACKILLOP, K., “Judicial hellholes: Medical malpractice claims, verdicts and the “doctor exodus” in Illinois”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 59, num. 4, año 2006, pp. 1309 a 1342.
- WALTERS, A., “Medical liability reform and the States”, *Bulletin of the American College of Surgeons*, marzo 2010, pp. 29 y 30.
- WEBEL, B., CHU, V.S. y SARATA, A.K., “Medical malpractice: Overview and Legislation in the 112th Congress”, *Congressional Research Service*, 18 de junio de 2012.
- WHEELER, M.E., “The Constitutional case for reforming punitive damages procedures”, *Virginia Law Review*, vol. 69, num. 2, marzo 1983, pp. 269 a 351.
- WITT, J.F., “The long story of the State Constitutions and American Tort Law”, *Rutgers Law Journal*, vol. 36, año 2005, pp. 1159 a 1199.
- ZEILER, K., “Turning from damage caps to information disclosure: An alternative to Tort Reform”, *Yale Journal Of Health Policy, Law, And Ethics*, vol. 1, año 2005, pp. 385 a 398.
- ZEILER, K., “Medical malpractice liability crisis or patient compensation crisis?”, *De Paul Law Review*, vol. 59, año 2010, pp. 675 a 696.
- VV. AA., “Liability for medical malpractice: issues and evidence. A joint economic committee study”, Joint Economic Committee, United States Congress, mayo 2003.
- VV.AA., “Bending the Curve: Person-Centered Health Care Reform: A Framework for Improving Care and Slowing Health Care Cost Growth”, Engelberg Center for Health Care Reform, The Brookings Institution, 2013.
- VV.AA., “Liability limits in Texas fail to curb medical costs”, Public Citizen, diciembre 2009.
- VV.AA., “Limiting Tort Liability for Medical Malpractice”, *Economic and Budget Issue Brief 1*, Congressional Budget Office, 8 de enero de 2004.



# LAS POLÍTICAS SANITARIAS DE CARÁCTER REGRESIVO ¿QUÉ NIVELES DE PROTECCIÓN OFRECE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO?

*Josefa Cantero Martínez*

*Profesora Titular de Derecho Administrativo.  
Universidad de Castilla-La Mancha.*

**SUMARIO: 1. A modo introductorio: el nuevo panorama de cambios sanitarios; 2. Su nota común: el carácter regresivo de las medidas adoptadas; 3. Los supuestos puntos débiles de nuestro sistema de protección de la salud.** 3.1 En cuanto a su configuración como un mero principio rector de la política social y económica del país. 3.2 En cuanto a los amplios márgenes de libertad de que dispone el legislador para la concreción de su contenido. 3.3 En cuanto a las potestades de organización de las Administraciones públicas para la configuración del servicio público sanitario; **4. Algunas reflexiones al respecto y otros elementos a considerar en el debate.** 4.1 La protección de la salud está directamente relacionada con algunos derechos fundamentales y con el valor de la dignidad humana. 4.2 Se inserta, además, en un determinado modelo de Estado que también ha de procurar la sostenibilidad social. 4.3 Su contenido viene predeterminado en algunos de sus aspectos por normas de carácter internacional. 4.4 No basta con alegar el argumento económico. La toma de decisiones administrativas debe respetar la legalidad y los principios inspiradores del servicio público sanitario. Algunos ejemplos. a) El cierre nocturno de centros sanitarios. b) La externalización de hospitales públicos; **5. A modo de conclusión; 6. Bibliografía.**

## RESUMEN

La crisis económica ha llevado a nuestros poderes públicos a adoptar importantes decisiones políticas y administrativas con el objeto de hacer sostenible nuestro servicio público sanitario. Muchas de estas medidas, sin embargo, suponen un claro empeoramiento y retroceso en las condiciones de la prestación sanitaria ofertada hasta ese momento a la ciudadanía e incluso su negación para un importante colectivo de personal. Este ha sido el caso de los inmigrantes ilegales. Aunque estas modificaciones inciden con distinta intensidad en la esfera jurídica de los ciudadanos, todas ellas tienen la nota común de reducir el ámbito de sus derechos sanitarios. Suponen la adopción de políticas sanitarias regresivas.

Nuestro objeto de estudio consiste en hacer una lectura jurídica de ellas. Trataremos de analizar el grado de protección que proporciona nuestro ordenamiento jurídico frente a estas políticas de carácter regresivo.

## PALABRAS CLAVE

Derecho a la protección de la salud; inmigrantes ilegales; políticas sanitarias regresivas; limitación de prestaciones sanitarias; sistema público sanitario.

## ABSTRACT

The economic crisis has led to our public powers adopting important political and administrative decisions in order to make our public healthcare system

sustainable. Many of these measures, nevertheless, are based on a clear worsening and setback in the conditions of the access to the health services and benefits provided until now to the citizens. In fact, these measures have supposed the denial of health rights for an important part of the people. This has been the case of the illegal immigrants. Though these modifications affect with different intensity the juridical sphere of the citizens, all of them have the common note to reduce the area of their health rights. They suppose the adoption of regressive policies in health.

The object of our study consists of making a juridical reading of them. We will try to analyze the degree of protection that our law provides in order to amortize the regressive policies in health.

#### KEY WORDS

Right to the protection of the health; illegal immigrants; regressive policies in health; limitation of health services; Public health system.

### 1. A MODO INTRODUCTORIO: EL NUEVO PANORAMA DE CAMBIOS SANITARIOS

La situación de grave crisis económica y financiera que estamos padeciendo en los últimos años está afectando de modo directo a las políticas sanitarias. Los datos estructurales y las cifras más significativas del gasto sanitario público muestran que la sanidad pública se encuentra en una situación de grave dificultad económica, por lo que parece imprescindible adoptar medidas que aumenten su eficiencia y, sobre todo, que garanticen su sostenibilidad. La doctrina económica más especializada ha considerado que la sostenibilidad del sistema requiere importantes cambios estructurales que se basan en cuatro ejes esenciales: la reducción del despilfarro en la Administración sanitaria; el avance sensato hacia fórmulas que unan financiación y utilización de los recursos sanitarios con la obtención de resultados en salud; la mejor coordinación entre los niveles de atención primaria y especializada, así como de los sistemas sanitario y sociosanitario y, por último, la promoción de fórmulas de buen gobierno de la sanidad<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> OLIVA, Juan, PEIRÓ, Salvador y PUIG-JUNOY, Jaume, “Sistema Nacional de Salud y propuesta de reformas: más allá del ruido y la furia”, en la revista *Derecho y Salud*, vol. 23, número extraordinario del XXII Congreso de la Asociación de Juristas de la Salud, 2013, págs. 6 y 7. El número puede consultarse en <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud>

En este contexto de graves dificultades económicas fue elaborado el *Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad de sus prestaciones*, que ha supuesto cambios trascendentales en la configuración del derecho a la protección de la salud. Asimismo, en algunas Comunidades Autónomas se están adoptando otro tipo de decisiones políticas y administrativas de gran calado que, amparadas en las potestades de organización que tiene toda Administración Pública, se traducen en importantes cambios en el modelo hasta ahora conocido. Las medidas afectan, no sólo a los derechos de los ciudadanos, sino también a las condiciones de trabajo del personal estatutario y a las propias normas internas de funcionamiento de los centros. Están implicando en algunos casos potentes reestructuraciones organizativas, cierre de centros o incluso jubilaciones masivas e indiscriminadas de personal<sup>2</sup>. Pero posiblemente una de las más polémicas es la relativa al trasvase hacia empresas privadas de la asistencia sanitaria a través de la polémica figura de la externalización.

El Real Decreto Ley mencionado, efectivamente, altera por completo los rasgos esenciales configuradores de nuestro modelo público de asistencia sanitaria. Entre otras medidas, sin duda las más controvertidas son las que afectan a la universalidad y a la gratuidad de las prestaciones sanitarias. Ha establecido una nueva categorización de la cartera común de prestaciones para introducir el copago o aportación dineraria del usuario en algunas de ellas, ha instaurado para los pensionistas la obligación de realizar estas aportaciones para las prestaciones farmacéuticas<sup>3</sup>, ha elevado los porcentajes de participación de los demás colectivos y ha establecido una nueva regulación de la titularidad del derecho a la asistencia pública sani-

<sup>2</sup> En este sentido, por ejemplo, la STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2013 ha anulado el Plan de Ordenación de Recursos Humanos en materia de jubilación que había adoptado la Administración regional principalmente como medida de ahorro. Entre otros argumentos, porque el cese de actividad al cumplir la edad de jubilación y la denegación de prórrogas ya concedidas suponía una importante modificación de la plantilla de médicos sin que se hubiera realizado una adecuada planificación de los servicios y elementos que configuran la complicada organización sanitaria, tanto en su aspecto material como personal.

<sup>3</sup> También recientemente se ha introducido una aportación limitada para los pacientes no hospitalizados cuando los medicamentos se dispensen en los servicios de farmacia hospitalaria (*Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se procede a modificar las condiciones de financiación de medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud mediante la asignación de aportación del usuario*).

taria que ha supuesto la exclusión de un determinado sector de la población mediante el recurso al nuevo concepto de asegurado y de beneficiario<sup>4</sup>. Además de los perceptores de determinadas rentas que superan determinados umbrales, han quedado excluidos del sistema público los extranjeros que no sean titulares de una autorización para residir en el territorio español (art. 1.3 del Real Decreto Ley). Ahora sólo pueden acceder a las prestaciones sanitarias mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial<sup>5</sup>.

Pero estas no son las únicas consecuencias que está teniendo la crisis económica sobre el sistema público sanitario. Al amparo de los problemas económicos y de la necesidad de ahorrar estamos asistiendo a una agudización de las tendencias hacia la externalización de la sanidad pública, esto es, al traspaso de su gestión a empresas privadas. Lo que antes constituía tan sólo alguna experiencia aislada y puntual en alguna Comunidad Autónoma, ahora parece haber encontrado en la crisis la excusa perfecta para ensayar la generalización del modelo. Paradigmático está siendo el caso de la externalización de los hospitales madrileños por la enorme polémica que ha suscitado y los tintes mediáticos que ha acabado adquiriendo todo su proceso. Se ha generado una gran alarma social al ser concebidas por la ciudadanía como un intento de privatización y de desmantelamiento de lo público que afecta a la esencia misma de nuestro Sistema Nacional de Salud. Con ellas se introduce un nuevo elemento o valor en la gestión, que no sólo es completamente extraño a los valores de lo público, sino que por su propia naturaleza resulta difícilmente compatible con ellos. Me refiero al “ánimo de lucro” que inspira la empresa privada. Al mismo tiempo, ante las enormes dificultades económicas que están padeciendo los servicios autonómicos de salud para la gestión de los servicios sanitarios, se están adoptando decisiones administrativas para la racionaliza-

ción y reorganización de sus servicios que, aunque suponen el legítimo ejercicio de sus potestades autoorganizatorias, de cara al ciudadano no dejan de traducirse en importantes limitaciones del derecho a la asistencia sanitaria pública, de su derecho a la protección de la salud.

En fin, todas estas medidas adoptadas con la intención de hacer frente a la crisis económica suponen un claro empeoramiento y retroceso en las condiciones de la prestación sanitaria ofertada hasta ese momento a la ciudadanía e incluso su negación para un importante colectivo de personal especialmente desfavorecido, el de los inmigrantes sin autorización legal de residencia, que han quedado apartados del sistema público de protección sanitaria<sup>6</sup>. Aunque estas modificaciones inciden con distinta intensidad en la esfera jurídica de los ciudadanos, todas ellas tienen la nota común de reducir el ámbito de sus derechos sanitarios, de endurecer sus condiciones de ejercicio y, en suma, de empeorar el *statu quo* existente.

Sin poner en modo alguno en discusión la legitimación política para su adopción, amparada en la cláusula de Estado Democrático que establece el artículo 2 de nuestra Constitución, nos proponemos en las siguientes páginas reflexionar sobre sus límites y sobre el grado de protección frente a ellas que ofrece nuestro ordenamiento jurídico al ciudadano. De hecho, la Justicia ha tenido que intervenir en la adopción de algunas de estas medidas y ha provocado que desde algunos sectores se apunte hacia una posible intromisión ilegítima del juez en el ámbito de lo político. Se ha puesto en discusión si realmente se trata de una judicialización de la política o meramente de un control de su constitucionalidad y de la legalidad del ejercicio de sus potestades autoorganizativas. El tema es tan sugerente como complejo. Su adecuado tratamiento posiblemente requeriría un análisis desde una perspectiva constitucional de las exigencias que se derivan de la cláusula de Estado Democrático y sus relaciones con las cláusulas de Estado social y de Derecho (art. 1.1 de nuestra Constitución). Nuestra pretensión, sin embargo, es mucho más modesta. Pretendemos simplemente reflejar la situación actual, el estado de la cuestión, y hacer una primera reflexión

---

4 Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos a través del SNS.

5 La suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria determina la obligación de abonar a la administración pública 60 euros de cuota mensual si el suscriptor tiene menos de 65 años y 157 si supera esta edad (art. 6 del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud).

---

6 Además establece algunos otros cambios de menor alcance que afectan a las prestaciones farmacéuticas, a la formación de los profesionales sanitarios, a la integración de algunos cuerpos funcionariales en la condición de personal estatutario, a la creación de registros administrativos y a algunos otros aspectos menores relativos a los recursos humanos. Da una vuelta a todo el ordenamiento sanitario y modifica prácticamente todas las normas que conforman el bloque de lo que llamamos Derecho Sanitario.

sobre los límites que se derivan de nuestro ordenamiento frente a la regresividad de tales políticas.

## 2. SU NOTA COMÚN: EL CARÁCTER REGRESIVO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS

El Gobierno dispone de amplias facultades para la modificación del ordenamiento jurídico en virtud de las distintas opciones políticas que resulten del correspondiente proceso electoral. Ello es consustancial a la cláusula de Estado democrático que proclama nuestra Constitución<sup>7</sup>. Ahora bien, estas facultades ha de hacerlas también compatibles con la obligación que el art. 40 de la Constitución impone a nuestros poderes públicos de promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico y, sobre todo, con el principio de prohibición de regresividad de los derechos sociales al que se ha comprometido desde el punto de vista internacional.

El Estado español, efectivamente, firmó el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (en adelante PIDESC), adoptado en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, por lo que está obligado a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad del derecho a la protección de la salud hasta el máximo de los recursos de que disponga (art. 2.1). En virtud de esta obligación de progresividad se ha entendido que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con este derecho<sup>8</sup>. Del

7 Más dudoso, sin embargo, es que haya recurrido a la figura del Real Decreto Ley para realizar una reforma estructural del SNS. Si se pretende ir más allá de la adopción de medidas puntuales que sean estrictamente necesarias para el mantenimiento del sistema para modificar los consensos básicos que en su día llevaron a la configuración del SNS, sería razonable que este cambio estructural del modelo se acordara en las Cortes Generales tras su previo debate político y social. Lo contrario nos parece un uso excesivo –por no decir fraudulento– del Real Decreto Ley.

8 En el año 1986 se reunieron un grupo de expertos juristas en Derecho Internacional para analizar la naturaleza y alcance de las obligaciones que para los Estados firmantes supone el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dando lugar así a los conocidos como Principios de Limburgo, que diez años después fueron completados con las denominadas Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales (1997). En estos instrumentos se ha interpretado que estas obligaciones mínimas existen independientemente de los recursos de que disponga el país interesado o de cualesquiera otros factores y dificultades. La escasez de recursos económicos no libera a los Estados del cumplimiento de ciertas obligaciones mínimas en relación con el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Existe una obligación de “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos” (punto 20) y “hasta el aprovechamiento máximo de los recursos disponibles” (punto

mismo Pacto se derivaría, pues, una prohibición de regresividad del derecho a la protección de la salud.

Si seguimos a COURTIS, la noción de regresividad se puede aplicar tanto a una norma como a los resultados de una determinada política pública. Una norma es regresiva si al compararla con la norma anterior que ha modificado o sustituido suprime, limita o restringe derechos o beneficios reconocidos por la norma anterior. Una política pública sanitaria realizada por un Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro<sup>9</sup>.

Pues bien, la mayor parte de las medidas sanitarias que se están adoptando en los últimos años suponen una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho a la protección de la salud. En la medida en que se excluyen del sistema público sanitario determinado tipo de prestaciones sanitarias y farmacéuticas o imponen condiciones más estrictas para disfrutar de las prestaciones sanitarias, como por ejemplo, realizar una determinada aportación económica para el acceso a ellas, suponen ciertamente un empeoramiento de dichas condiciones desde el punto de vista del ciudadano. Además, y tal como se ha subrayado doctrinalmente, iniciamos este penoso camino de recortes cuando aún no habíamos consolidado nuestro Estado de bienestar en niveles homologables a los de nuestros países vecinos<sup>10</sup>.

El informe de la OCDE titulado *Panorama de la sanidad 2013*, ha puesto de manifiesto algunos de los efectos que están provocando estas políticas sanitarias de carácter regresivo. No sólo están suponiendo

25). Los Estados cometen una violación por actos de comisión cuando adoptan cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance de la garantía de este derecho o cuando derogan o suspenden disposiciones legislativas necesarias para el goce permanente de un derecho económico, social y cultural ya reconocido o cuando deniegan este derecho a individuos o grupos concretos por una discriminación de carácter legislativo o por la fuerza. Según se señala en el punto 70, el fracaso de un Estado Parte del Pacto de cumplir con una obligación del convenio será considerado como una violación al Pacto en derecho internacional.

9 COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, obra colectiva coordinada por el mismo autor, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2006, págs. 3 y 4.

10 VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2012, pág. 76.

una reducción de la cartera de prestaciones del Sistema nacional de Salud sino que se han introducido e intensificado las aportaciones de los pacientes en las prestaciones sanitarias y farmacéuticas, los denominados copagos (o repagos). Además, los recortes en el gasto sanitario se traducen en cierres nocturnos de centros de salud, en cierres de plantas en algunos hospitales y en una importante disminución del personal sanitario a través de determinadas políticas de personal. Tal es el resultado de las jubilaciones masivas de médicos que se han acordado en numerosos servicios autonómicos de salud al denegar las prórrogas en el servicio activo o las severas limitaciones en la tasa de reposición de efectivos, esto es, en las ofertas de empleo público. Todas estas decisiones de ahorro implican, a juicio de este organismo, un riesgo muy considerable de que determinados grupos de población, especialmente las personas más desfavorecidas y con menos ingresos, renuncien a los cuidados sanitarios que necesitan, a sus medicamentos o al seguimiento y control de sus enfermedades crónicas, a la vez que se traducen en un aumento de los tiempos de espera para las intervenciones quirúrgicas. La conclusión a la que llega la OCDE en este informe es bastante clara y preocupante: la disminución del gasto público en sanidad puede tener efectos para la salud a largo plazo y consecuencias económicas para los más vulnerables<sup>11</sup>.

Bien es cierto, no obstante, que no todas estas medidas tienen la misma intensidad ni gravedad, aun participando de la nota común de regresividad. En este sentido, de todas ellas la más grave y regresiva, a nuestro juicio, es la exclusión del sistema público sanitario de los extranjeros que no poseen autorización legal de residencia en el Estado español, es decir, los denominados inmigrantes ilegales<sup>12</sup>. Una cosa es que

el legislador pueda establecer condicionantes para el ejercicio del derecho a la protección de la salud, tales como, por ejemplo, la limitación de las prestaciones farmacéuticas o el sometimiento a un nuevo régimen de aportaciones dinerarias para disfrutar de algunas de ellas, y otra muy distinta que dé un paso atrás en nuestro ordenamiento social para establecer medidas claramente regresivas que supongan excluir por completo de la titularidad del ejercicio de este derecho a los extranjeros en situación de irregularidad. En este sentido, son ya muchos los autores que mencionan la existencia de un núcleo mínimo e indisponible también en estos derechos sociales que restringiría la libertad del legislador a la hora de dotarlos de contenido y limitaría su reversibilidad<sup>13</sup>.

No hemos de olvidar que existe una presunción de que las decisiones políticas y administrativas que adopta un Estado incumpliendo las obligaciones de progresividad y no regresividad a las que se ha comprometido constituyen una violación de los tratados

---

e incluso jurídicos que podrían buscarse. Comporta riesgos potenciales para la salud pública y colectiva porque no sabemos a ciencia cierta las repercusiones que puede tener un seguimiento insuficiente de este grupo de personas que va a quedar excluido del circuito ordinario de los servicios de atención médica. A mayor abundamiento, la medida puede tener unos perversos efectos colaterales porque puede llevar a un colapso de los servicios de urgencias en determinados momentos (pensemos, por ejemplo, en un pico de epidemia de gripe) y puede suponer la intervención de los servicios públicos cuando la salud del inmigrante esté ya muy deteriorada por la falta de una atención médica previa, con lo cual, la atención a su salud podrá salir mucho más cara. Véase a CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, "La asistencia sanitaria pública al extranjero no comunitario y, en especial, al que carece de autorización administrativa de residencia legal en España", en el *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. 1, obra colectiva dirigida por Josefa Cantero Martínez y Alberto Palomar Olmeda, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 305 y ss.

---

11 En el caso de España, la OCDE señala que el tiempo de espera mejoró considerablemente y se redujo entre los años 2006 y 2010, pero ha ido aumentando a partir de entonces como consecuencia directa de los recortes sanitarios, de la falta de incorporación de nuevo personal, de jubilaciones masivas y de cierres y reorganizaciones de centros. El organismo pone como ejemplo el tiempo de espera en caso de operaciones de cataratas y de prótesis de cadera. Mientras el año pasado en Holanda el plazo era de 30 y 45 días en cada intervención, en España este periodo de tiempo se alarga considerablemente y está por encima de los 90 y 125 días. *Health at a Glance 2013: OECD Indicators*, publicado por la OCDE en noviembre de 2013 (<http://www.oecd.org/els/health-systems/Health-at-a-Glance-2013>).

12 La eficacia en sí de esta medida regresiva de carácter excluyente es muy dudosa. No parece que el objetivo de reducir el gasto sanitario vaya a solucionar el grave problema de financiación que presenta nuestro sistema sanitario y por ello entendemos que no está justificada la privación del derecho a la protección de la salud de los extranjeros en esa situación. Son muchos los argumentos humanitarios, sanitarios, contables

13 Entre ellos, y sin pretensión alguna de exhaustividad, podemos traer a colación a CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, "Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales", en la obra colectiva titulada *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, Vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009; COBREROS MENDEZONA, Edorta, "Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 19, 1987; LOPERENA ROTA, Demetrio, "La irreversibilidad de los derechos sociales", *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 9, 2012; PRIETO SANCHÍS, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad social", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 22, 1995; VAQUER CABALLERÍA, Marcos, "Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad", *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2012; PONCE SOLÉ, Juli, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2013, etc.

internacionales sobre los derechos sociales<sup>14</sup>. Incumbe entonces al Estado la carga de justificar y probar la racionalidad y la necesidad de tales medidas, así como la inexistencia de medidas alternativas al retroceso. Así lo explicita el art. 2.1 del PIDESC al fijar que si el Estado adopta alguna medida de carácter regresivo le corresponde demostrar que se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte. Ni la exposición de motivos del Real Decreto Ley ni su memoria económica aportan, a nuestro juicio, las explicaciones al respecto que serían necesarias.

### 3. LOS SUPUESTOS PUNTOS DÉBILES DE NUESTRO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA SALUD

Pues bien, frente a todas estas reformas y tendencias podemos plantearnos qué grado de protección otorga nuestro modelo constitucional y nuestro ordenamiento jurídico, en general, al derecho a la protección de la salud y a la conformación de un sistema público sanitario tal como lo hemos conocido hasta ahora. O, formulado en otras palabras, ¿existe algún límite o alguna clara orientación para nuestro legislador y para nuestra Administración a la hora de adoptar toda esta pléyade de decisiones políticas o administrativas que se traducen en una clara limitación o minoración del derecho a la protección de la salud?

Se alega en este sentido la debilidad misma del sistema de protección que instaura nuestra Constitu-

ción en su artículo 43, al carácter reversible de los derechos sociales y económicos, los vastísimos márgenes de libertad que posee el legislador ordinario para la concreción del derecho constitucional a la protección de la salud y las amplias potestades organizativas de que disfruta la Administración Pública para la configuración del servicio público sanitario. Veámoslas.

#### 3.1 Su configuración constitucional como mero principio rector de la política social y económica del país.

La naturaleza misma del derecho constitucional a la protección de la salud se arguye como pretexto básico para justificar medidas restrictivas de las prestaciones sanitarias. Y cierto es que el artículo 43 de la Constitución, el que consagra este derecho, es un mero principio rector de la política social y económica del país en virtud de su ubicación en el Texto Constitucional. Su valor, en principio, es el que proclama su art. 53.3, en cuya virtud, el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en este Capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Quiere ello decir que este derecho sólo podrá ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen. De esta circunstancia se aprovecha explícitamente el Real Decreto Ley cuando plantea en su exposición de motivos el papel que puede realizar el Gobierno y sus posibilidades de actuación frente a la reserva de ley que establece el art. 43.2 al atribuir al legislador la determinación de los derechos y deberes de todos al respecto. Dirá su exposición de motivos que, en la medida en que el derecho a la protección de la salud es un mero principio rector de la política social y económica del país, permite una “relajación” de la reserva de ley y una mayor libertad del Gobierno para su regulación mediante el instrumento del Real Decreto Ley<sup>15</sup>.

14 PARRA VERA, Oscar, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, obra colectiva coordinada por Christian COURTIS, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2006, pág. 53; ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, págs. 96 y 111, entre otras muchas. Sobre la configuración de estos derechos en el ámbito autonómico nos remitimos, por todos, al excelente trabajo de GARRIDO CUENCA, Nuria, “La titularidad de los derechos sociales y de ciudadanía en los nuevos Estatutos de Autonomía, y en particular del extranjero”, en *Derechos sociales y Estatutos de autonomía. Denominaciones de origen. Nuevo Estatuto del PDI universitario*, Lex Nova, Valladolid, 2009; PEMÁN GAVÍN, Juan María, «El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el Derecho comparado», en la *Revista de Derecho Administrativo* núm. 179, 2009, pág. 39; así como el Prólogo al *Tratado de Derecho Sanitario*, tomo I, dirigido por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 59.

15 Dirá el Tribunal Constitucional que “el hecho de que una materia esté sujeta al principio de reserva de ley no permite concluir que la misma se encuentre excluida del ámbito de regulación del Real Decreto-ley, el cual puede penetrar en dicha materia siempre que se den los requisitos constitucionales de presupuesto habilitante y no afecte, en el sentido constitucional del término, a las materias excluidas en el artículo 86 de la Constitución Española, aspecto que necesariamente se relaja al encontramos en presencia de un principio rector de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución”.



La doctrina especializada no se pone de acuerdo respecto del valor que tiene dicho reconocimiento<sup>16</sup>. La mayor parte de los autores niega que la protección de la salud haya sido configurada como un verdadero derecho subjetivo. Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ PASTRANA, insiste en que, a pesar de la dicción expresa del precepto no nos encontramos ante un auténtico derecho subjetivo, sino ante un “mero principio informador o rector de la política social que debe ser, eso sí, reconocido, respetado y protegido, y que informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos<sup>17</sup>”. Por ello sólo podrá ser invocado ante la jurisdicción ordinaria como un derecho subjetivo lesionado cuando aquél haya sido establecido por la legislación de desarrollo como tal derecho subjetivo.

Otros autores, sin embargo, han dado otra interpretación a este precepto. A colación podremos traer a SOLOZABAL ECHAVARRÍA, quien ha considerado que el derecho a la protección de la salud es un derecho “materialmente” fundamental por lo que tiene que ver con la relevancia de su contenido y por su estrecha relación con la dignidad de la persona, de manera que alguien a quien no alcanzara una protección de su salud en grado suficiente debería considerarse como tratado indignamente y obstaculizado gravemente en su desarrollo como persona<sup>18</sup>. No muy alejado de este planteamiento, PEDREIRA ANDRADE<sup>19</sup> ha considerado que la subsunción constitucional del derecho a la protección de la salud entre los principios rectores de la política social y económica

resulta discutible y desafortunada, ya que estamos en presencia de un verdadero derecho y no de un principio rector, por ello tiene carácter normativo y sirve de canon hermenéutico en orden al ejercicio de los derechos de los usuarios de la salud, no sólo en el campo del Derecho Público sino también en el ámbito del Derecho Privado. A mayor abundamiento, añade que el derecho a la salud constituye un derecho a la personalidad y no una mera declaración programática, de tal forma que se encuentra en íntima interrelación e inescindible conexión con el derecho a la vida y a la integridad física, reconocido como derecho fundamental en el artículo 15 de la Constitución española. Todo ello le lleva finalmente a resaltar el valor normativo del derecho a la salud que, según el autor, sería plenamente eficaz y podría aplicarse sin intermediación de la ley.

Pues bien, sin negar el importantísimo papel que cumple este derecho, lo cierto y verdad es que nuestro constituyente ha sido bastante claro a la hora de determinar su valor. El artículo 43 aparece situado en el Capítulo III del Título I de la Constitución, que es el que establece los principios rectores de la política social y económica. Como hemos visto en estos últimos años y con ocasión de las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis, esta ubicación en esta parte concreta del texto constitucional está teniendo importantísimas consecuencias respecto a su valor y eficacia. Implica, en primer término, que no estamos ante un derecho fundamental, sino ante un principio rector que es consecuencia directa de la constitucionalización de un determinado modelo de Estado, el Estado social.

Esta naturaleza del derecho a la protección de la salud como un principio rector no significa, en modo alguno, que nos encontremos ante una mera norma programática sin valor alguno. El precepto debe inspirar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Tal como ha recordado la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia 95/2000, de 10 de abril, “*los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el derecho a la protección de la salud al que se refiere el artículo 43 CE, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo), sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el artículo 53.3 CE*”. La doctrina del Tribunal Constitucional también ha declarado que: «el “derecho a la protección de la salud” (art. 43.1 CE) representa uno de los “principios rectores de la polí-

16 Para una detallada exposición del tema nos remitimos al estudio de COBREROS MENDAZONA, Edorta, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1988, págs. 161 y ss.; así como a la exposición doctrinal realizada por págs. 115 y ss.

17 FERNÁNDEZ PASTRANA, José María, en *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Civitas, Madrid, 1984, págs. 55 y ss. En un sentido coincidente se pronuncian también, entre otros muchos autores, APARICIO TOVAR, Joaquín, *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Madrid, 1989, págs. 41 y ss.; DEL REY GUANTER, Salvador, “El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional”, en *Derechos y Libertades*, nº 6, 1998, págs. 162 y 168, principalmente.

18 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, *Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico*, Documento de trabajo 89/2006, Laboratorio de Alternativas. Véase también a PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad social”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 22, 1995.

19 PEDREIRA ANDRADE, Antonio, “Hacia una potenciación del derecho constitucional a la protección de la salud”, en *Actualidad Administrativa*, nº 10, semana 9-15 marzo, 1992, págs. 92, 111 y 114.

tica social y económica” proclamados por la Constitución, cuyo reconocimiento, respeto y protección ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE)» (ATC 221/2009, de 21 de julio), y, asimismo, lo ha identificado como «un valor de indudable relevancia constitucional» (ATC 96/2011, de 21 de junio).

### 3.2 En cuanto a los amplios márgenes de libertad de que dispone el legislador para la concreción de su contenido.

Según nuestro modelo constitucional corresponde al legislador regular el contenido y las condiciones para el disfrute del derecho a la protección de la salud (art. 43.2 y 53.3). De hecho, sólo podrá ser alegado y exigido ante la jurisdicción en los términos previstos por el legislador. La Constitución no predetermina qué ha de hacer el legislador ni cuánto ha de hacerse para satisfacer el derecho a la protección de la salud, lo que obliga a reconocer a éste un amplio margen de discrecionalidad en función de las circunstancias económicas y políticas reinantes en cada momento concreto. Ahora bien, tal libertad no es absoluta. Como apunta LÓPEZ MENUENDO, no es discrecional la decisión misma de seguir o no dicho diseño y en esto se advierte la existencia de un cierto “contenido esencial” en los principios rectores, si bien se trata de un núcleo bastante más pequeño y menos duro que el de los derechos fundamentales propiamente dichos. Por eso, “no es desdeñable la fuerza que se puede derivar de ese mínimo núcleo duro para reprimir la posible existencia de políticas contrarias a dichos postulados, la falta de implantación injustificada de medidas sociales elementales, la paralización o bloqueo caprichoso del proceso de mejora de las acciones y servicios y, desde luego, la eventual regresión de los niveles de atención social ya conseguidos sin justa causa que la explique y legitime<sup>20</sup>”.

La protección de la salud, como un derecho social de prestación que implica una carga financiera considerable para el erario público, es de contenido legal y requiere ineludiblemente de intermediación legislativa en virtud de las condiciones económicas del país en cada momento concreto. Corresponde al legislador en función de las situaciones de necesidad

existentes y de los medios financieros disponibles determinar la acción protectora a dispensar por el SNS y las condiciones para el acceso a las prestaciones. Como ha señalado la STC 245/2004, de 16 de diciembre, esta característica de derechos presenciales que requieren una base financiera sólida y una administración de recursos escasos permite al legislador una amplia libertad de configuración. Ahora bien, encontrar este equilibrio no es fácil. Como ha señalado PAREJO ALFONSO, en principio, una legislación que, estuviera dirigida a la supresión o recorte de contenidos propios de derechos sociales previamente establecidos debería considerarse inconstitucional. Sin embargo, la irreversibilidad absoluta y en todo caso de estos derechos podría suponer un vaciamiento inaceptable del principio de pluralismo político y de la cláusula de Estado democrático, toda vez que impediría la existencia de diversas opciones de configuración social, que deben entenderse por remisión a las posibilidades reales de los recursos económico-financieros del Estado en cada momento concreto<sup>21</sup>.

Sobre los condicionantes económicos de los derechos sociales y, en concreto, respecto del modelo de la Seguridad Social (art. 41 CE), se ha pronunciado el Tribunal Constitucional reiteradamente (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3, y 78/2004, de 29 de abril, FJ 3), y también sobre la racionalización del gasto en el sistema sanitario. Sobre esta última cuestión ha considerado que la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema (ATC 96/2011, de 21 de junio, FJ 6). El alcance y la graduación de la gratuidad, así como de las bonificaciones económicas en las prestaciones sanitarias y farmacéuticas, dependerán de la regulación que en cada momento histórico o temporal apruebe al legislador, de acuerdo con las exigencias derivadas de las circunstancias cambiantes, respetando los límites constitucionales.

20 LÓPEZ MENUENDO, Francisco, “Los derechos sociales en los estatutos de autonomía”, en *Derechos sociales y Estatutos de Autonomía. Denominaciones de Origen. Nuevo estatuto del PDI universitario*. Actas del IV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Valladolid, 6 y 7 de febrero de 2009, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 89.

21 PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; así como en “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, n° 153, 2000.

Acontece, no obstante, que este desarrollo legislativo se ha producido ya, fundamentalmente a través de la Ley General de Sanidad, Ley 14/1986, de 25 de abril, de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica de autonomía del paciente y de los derechos y deberes en materia de información y de documentación clínica, y de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, así como a través de múltiples disposiciones reglamentarias. En la medida en que se ha producido ya la intervención del legislador y que estas normas han establecido un catálogo en el que se detallan los derechos de los ciudadanos relacionados con la asistencia sanitaria, este principio ha pasado ya a convertirse en una pléyade de verdaderos derechos subjetivos para los ciudadanos susceptibles de protección jurisdiccional. Estas normas precisamente son las que nos sirven de parámetro a la hora de determinar el carácter regresivo de las actuales medidas fijadas por el Real Decreto Ley 16/2012.

La protección de la salud es un derecho susceptible de ser modulado en virtud de las condiciones fundamentalmente económicas del momento. En consecuencia, al menos en principio, la universalización y la gratuidad en las prestaciones y servicios sanitarios no derivan ni imperativamente ni de manera inmediata de la Constitución. La legislación puede supeditar el acceso a las prestaciones sanitarias con cargo a los fondos públicos al pago de una determinada aportación dineraria (copago), a la vinculación con la Seguridad Social o a la posesión de una determinada autorización administrativa, como ha sido el caso para los extranjeros, a quienes se les exige a partir de ahora disponer de una residencia autorizada administrativamente por el Estado y del correspondiente vínculo con la Seguridad Social.

Ello significa que, al menos en principio, el legislador tiene una amplísima libertad para determinar en cada momento concreto, atendiendo fundamentalmente a la situación económica, la extensión de las prestaciones públicas sanitarias gratuitas o bonificadas, así como las condiciones que han de reunir los titulares de este derecho. Desde esta perspectiva, la exclusión de determinados medicamentos del sistema público subvencionado, el aumento de porcentaje de aportación de los ciudadanos o el pase a un sistema de aportación pecuniaria para disfrutar de determinados servicios que antes eran gratuitos (transporte sanitario no urgente o prestaciones ortoprotésicas, por ejemplo) se situarían en el marco de opciones de políticas públicas que corresponde regular y ejecutar a nuestros poderes públicos, de acuerdo con las prio-

ridades políticas y las condiciones sociales y económicas de cada momento histórico en concreto.

A partir de esta configuración constitucional del derecho a la protección de la salud podemos plantearnos si existe o no algún límite para el legislador ordinario pues, dentro de estos amplísimos márgenes de libertad que nuestro ordenamiento le reconoce, no es lo mismo no seguir avanzando en la extensión del contenido de este derecho que reducir el contenido de sus prestaciones o excluir a determinados colectivos de ciudadanos. Renunciar a derechos que ya se tienen es mucho más dramático y doloroso que no seguir progresando en algo que todavía no se tiene.

Efectivamente, el Real Decreto Ley ha adoptado una medida que reviste especial gravedad. Nos referimos a la exclusión de un importante colectivo especialmente vulnerable que sí disfrutaba antes del sistema público por el mero hecho del empadronamiento en su municipio de residencia. Nos referimos al de los extranjeros sin autorización de residencia o inmigrantes en situación irregular o sin papeles. Con la nueva normativa, la atención en situación de urgencias estaría garantizada, al igual que la atención a los menores de edad y a las mujeres embarazadas. Según considera el *Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña 6/2012, de 1 de junio, sobre el Real Decreto Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones*, con esta prestación mínima se estaría salvaguardando el derecho fundamental a la vida y a la integridad física de los inmigrantes irregulares, de manera que conectarían con el contenido mínimo que hace reconocible el mandato imperativo que los poderes públicos deben asegurar y prestar (art. 43 CE) en cualquier circunstancia a cualquier persona con el fin de preservar el derecho fundamental a la vida y la integridad física contenido en el artículo 15 CE. No compartimos, sin embargo, esta visión.

Por otra parte conviene tener en cuenta que esta libertad del legislador a la hora de configurar este derecho está condicionada, no sólo por las exigencias que se derivan de nuestro modelo de Estado social, sino también por los compromisos de carácter internacional contraídos por el Estado Español y, fundamentalmente, por la Carta Social Europea y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dicho Pacto establece una obligación de aplicación progresiva de los derechos que reconoce y, en consecuencia, de ahí se deriva la prohibición de regresividad o retroceso en el reconocimiento de tales derechos.

La realización progresiva del derecho a la salud que se deriva de esta norma internacional significa que el legislador tiene la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización de este derecho determinando qué medidas son las más convenientes para hacer frente a las circunstancias económicas específicas en que pueda encontrarse en cada momento concreto. Después volveremos sobre ello.

### **3.3 En cuanto a la potestades de organización de las Administraciones Públicas para la configuración del servicio público sanitario.**

En los últimos meses, siempre como consecuencia de los problemas económicos y presupuestarios de nuestras Administraciones Públicas, se han adoptado determinadas medidas que afectan también a la forma y condiciones de disfrute del derecho a la salud, al sistema público sanitario. En estos casos las modificaciones no son introducidas por el legislador sino directamente por la Administración sanitaria en ejercicio de sus potestades de organización. Así, se está optando en algunos servicios autonómicos de salud por la externalización de la asistencia sanitaria, en otros por reconfigurar los servicios de salud y reorganizar los tiempos de trabajo. En otros se buscan los pretendidos ahorros a través de la política de personal, a través, por ejemplo, de la denegación de prórrogas para el servicio activo y jubilaciones masivas de personal que es sumamente valioso para la organización sanitaria por su dilatada experiencia y sus sólidos conocimientos, etc. En todos estos supuestos los cambios adoptados se fundamentan simplemente en las potestades autoorganizatorias de las Administraciones públicas, en la potestad que posee la Administración sanitaria para organizarse internamente y decidir cómo presta los servicios públicos que tiene encomendados.

Tal vez las más significativas sean las que afectan a la forma de prestación de los servicios públicos sanitarios y las relativas a la reorganización de dichos servicios. Así, en algunas Comunidades Autónomas se está optando por la utilización de fórmulas contractuales, por su gestión indirecta, por la también denominada externalización de los servicios de asistencia sanitaria. Como comentábamos en páginas anteriores, paradigmático está siendo el proceso de externalización de los hospitales madrileños, al que después nos referiremos con algo más de detalle.

En otras Comunidades se están adoptando decisiones administrativas para la racionalización y reorganización de sus servicios sanitarios que suponen el cierre o la limitación horaria de los centros sanitarios, especialmente de los servicios de atención sanitaria continuada y urgente o de los denominados en algunas Comunidades como Puntos de Atención Continuada. Sin embargo también en estos supuestos nuestro ordenamiento jurídico presta un importante nivel de protección de este derecho y obliga a la Administración a adoptar estas decisiones autoorganizatorias con muchas cautelas y, sobre todo, previa justificación. Algunos ejemplos pondremos después de este tipo de controles en los que se resalta una idea fundamental: la mera alegación por parte de la Administración del “ahorro económico” o de las “necesidades del servicio” no justifica la toma de decisiones administrativas más gravosas ni los cambios organizativos si no se expresan convenientemente qué razones o causas integran aquellos conceptos en una determinada relación jurídica administrativa.

Debido a la discrecionalidad que es inherente a toda potestad de autoorganización, la Administración tiene una amplia libertad para apreciar las necesidades que ha de subvenir dentro del ámbito de sus competencias y para la determinación del interés público. Ahora bien, deberá motivar la toma de decisiones administrativas que supongan una modificación del *status quo* existente, cumplir las exigencias derivadas de los procedimientos administrativos (especialmente en caso de contrataciones) y, sobre todo, respetar los principios inspiradores de nuestro servicio público sanitario.

### **4. ALGUNAS REFLEXIONES AL RESPECTO Y OTROS ELEMENTOS A CONSIDERAR EN EL DEBATE**

Su naturaleza como un principio rector de la política social no debe suponer en modo alguno que la protección de la salud quede por completo al arbitrio de lo que pueda disponer el legislador en cada momento concreto o la Administración a la hora de organizar la prestación de este servicio público. No sólo los compromisos de carácter internacional nos dan importantes orientaciones al respecto y nos permiten delimitar algunas líneas rojas del sistema. Su estrecha relación con los derechos fundamentales y con la dignidad humana como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, así como la aplicación de las normas y principios que rigen la actuación administrativa también han de ser considerados

como elementos esenciales para otorgar la necesaria protección de este derecho en un momento de graves dificultades económicas. Por último, la elección por un determinado modelo de Estado, un Estado social, también ha de ser un elemento de gran relevancia en este debate sobre la salvaguardia de este derecho. Veámoslo.

#### **4.1 La protección de la salud está directamente relacionada con algunos derechos fundamentales y con el valor de la dignidad humana.**

Aunque nuestro Constituyente ha configurado la protección de la salud como un principio rector de la política social y económica del país, por su propia esencia y contenido reúne unos determinados caracteres que, a mi juicio, deberían resaltarlo respecto del resto de derechos recogidos en ese mismo Capítulo III. La protección de la salud posee una “*importancia singular*”<sup>22</sup> en nuestro ordenamiento constitucional en la medida en que está estrechamente relacionado con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y tiene una vinculación inmediata con la dignidad humana como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico<sup>23</sup>.

Esta especial conexión no llega, claro está, hasta el punto de poder considerar que el derecho a la protección de la salud forme parte de estos derechos fundamentales y, en consecuencia, sea susceptible de interposición de un recurso de amparo. Así lo ha aclarado el Tribunal Constitucional en su Auto 57/2007, de 26 de febrero, al considerar que, aunque existe una indudable conexión entre ambos derechos, “*no cabe invocar en el recurso de amparo la tutela del derecho a la protección de la salud mediante el expediente de introducir su contenido en el ámbito del derecho a la vida y a la integridad física... Como*

22 Expresión expresamente utilizada por el Tribunal Constitucional en su Auto 239/2012, de 12 de diciembre.

23 En el caso de los inmigrantes sin autorización legal de residencia, el legislador ha considerado cubierto este mínimo de “dignidad humana” permitiendo la asistencia sanitaria pública sólo en situaciones de urgencia, para las mujeres embarazadas y para los menores. Con esta asistencia sanitaria mínima queda cubierta la exigencia de “dignidad humana” que exige nuestra Constitución. Algunos autores han calificado este cambio normativo como un auténtico atentado a la dignidad de la persona, como un retroceso social y moralmente condenable, en la medida en que también los derechos sociales tienen su basamento en la dignidad de todo ser humano. BELTRAN AGUIRRE, Juan Luis, “El Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2012 (Tribuna).

*es obvio, no puede aceptarse, sin banalizar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 15 CE, que todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental a la integridad física”*. Como ha subrayado VAQUER CABALLERÍA, no podemos seguir haciendo una interpretación tópica de estos derechos, sino que es necesario avanzar hacia una interpretación sistemática y finalista capaz de descubrir las relaciones existentes entre ellos al servicio de la dignidad de la persona<sup>24</sup>.

Ahora bien, esta estrecha vinculación sí está evidenciando una especial sensibilidad por parte de nuestros jueces y tribunales para la protección de este derecho frente a los argumentos estrictamente económicos. Ante la duda ha optado recientemente por la interpretación más favorable para el ejercicio de este derecho en el caso de los inmigrantes irregulares. Así, al menos, se deduce del ATC nº 239/2012, de 12 de diciembre, que ha levantado parcialmente la suspensión del Decreto vasco 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que había extendido la asistencia médica a los extranjeros irregulares, desconociendo el nuevo régimen establecido en el Real Decreto Ley 16/2012. Para decidir sobre la suspensión el Tribunal ha tenido que realizar una ponderación de los perjuicios que causaría el mantenimiento de la suspensión de la norma vasca o su levantamiento para posibilitar dicha asistencia hasta tanto no se resuelva el conflicto competencial. Dicha ponderación exige colocar, de un lado, el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro que supondrían las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud. De otro lado, exige ponderar el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE, tanto en su dimensión de salud individual como de salud pública o colectiva<sup>25</sup>. Según el Auto:

24 VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2012, pág. 79. Señala el autor la necesidad de superar la distinción entre los derechos sociales y los derechos fundamentales. La efectividad de la libertad requiere prestaciones públicas (por ejemplo, en policía de seguridad para prevenir sus violaciones o en administración de justicia para repararlas), del mismo modo que los derechos de prestación demandan libertad en su disfrute (por ejemplo, consentimiento informado para un tratamiento de salud o ausencia de acoso inmobiliario en el disfrute de la vivienda).

25 Si se mantiene la suspensión del Decreto vasco se mantendría la limitación del acceso al derecho a la salud para

«Para que este Tribunal valore los intereses vinculados a la garantía del derecho a la salud, es preciso acudir a lo dispuesto en el art. 43 CE, en relación con el deber de todos los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, cuya tutela les corresponde y ha de ser articulada “a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” (art. 43.1 y 2 CE)” (STC 126/2008, de 27 de octubre, FJ 6). Si, además del mandato constitucional, se tiene en cuenta, como ya lo ha hecho este Tribunal, la vinculación entre el principio rector del art. 43 CE y el art. 15 CE que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos asunto VO c. Francia de 8 de julio de 2004), resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles».

En este caso la ponderación se ha resuelto a favor del derecho a la protección de la salud dada la importancia de los intereses en juego y por haber apreciado el Tribunal que “el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”.

Por otra parte, como ha subrayado GARRIDO CUENCA, la remisión al legislador que contiene nuestra Constitución no puede interpretarse nunca como un vaciamiento de su contenido, como una carta en blanco, sino como un mero aplazamiento de su especificación normativa respecto a todos o a algu-

determinados colectivos vulnerables por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias. Los inmigrantes sin permiso de residencia son, según señala el TC, un colectivo especialmente sensible que vería notablemente afectada su salud si se les impide el acceso a los servicios sanitarios públicos de forma gratuita, lo que repercutiría, no sólo en su estado de salud individual, sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto contagiosas, afectando directamente a la salud de toda la sociedad. Por el contrario, al valorar el interés vinculado al control del déficit público, y analizarlo respecto de los perjuicios económicos que se podrían asociar al levantamiento de la suspensión, destaca el Tribunal “que la Abogacía del Estado no concreta esos perjuicios, seguramente porque ello no sea posible, entre otras razones, al poder darse la eventualidad de que se produzca sencillamente una transferencia de gasto desde la atención primaria a la atención de urgencias”.

nos de los contenidos del derecho a la protección de la salud. Esta especial vinculación del legislador a la hora de configurar este derecho se aprecia con mayor claridad en los nuevos Estatutos de Autonomía. No nos vamos a detener en los importantes problemas teóricos y prácticos que ello plantea. Simplemente nos interesa remarcar que, tal como ha subrayado esta autora, la protección de la salud se ha querido configurar, no ya como un mero principio rector de carácter programático, sino como un auténtico derecho subjetivo, de esta manera, las concepciones que subyacen en los nuevos Estatutos parecen superar la vieja pedagogía respecto del valor de los derechos sociales y la dicotomía derecho-libertad versus derecho prestacional<sup>26</sup>.

#### **4.2 Se inserta, además, en un determinado modelo de Estado que también ha de procurar la sostenibilidad social.**

El reconocimiento de este derecho se realiza en el seno de un determinado modelo de Estado por que el optaron nuestros Constituyentes: un Estado social y democrático de Derecho. La cláusula constitucional del Estado social implica que los poderes públicos son los encargados de hacer real y efectiva la igualdad de todos los ciudadanos y de los grupos en que se integran (art. 1 y art. 9 de la Constitución). Esta cláusula ha convertido a los poderes públicos en instrumentos configuradores de la vida social y económica, cuya actuación ha de ir íntimamente unida de la realización del valor superior de la igualdad, sobre todo en su aspecto sustancial<sup>27</sup>. La lógica y la

26 Para un estudio minucioso de este complejo tema nos remitimos por todos a GARRIDO CUENCA, Nuria, “El derecho a la protección de la salud en los Estatutos de Autonomía: propuestas para un derecho prestacional universal de nueva generación”, en *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*. Obra colectiva coordinada por Marina GASCON ABELLÁN, María del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO y Josefa CANTERO MARTÍNEZ, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 125 y ss.; así como su trabajo “La igualdad y cohesión del Sistema Nacional de Salud. La protección de la salud en el modelo autonómico”, en el *Tratado de Derecho Sanitario*, tomo I, dirigido por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 103 y ss. Señala la autora que algunos de estos nuevos estatutos acompañan sus cartas de derechos con determinadas cláusulas de garantía y eficacia que vinculan a los poderes públicos. Tal es el caso del estatuto andaluz y del catalán. Este último, por ejemplo, obliga a los poderes públicos a interpretarlo y a aplicarlo en el sentido más favorable para su plena efectividad y atribuye su tutela al Consejo de Garantías Estatutarias (pág. 153).

27 Estamos reproduciendo las palabras de CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, “Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales”, en la obra colectiva titulada *Derechos fundamentales y otros*

inspiración del Estado social es la de la continua lucha por la igualdad y justicia social. Y si este mandato resulta predicable de todos los ámbitos de la vida social, con mayor motivo lo será en el ámbito de la salud y la asistencia sanitaria debido precisamente a la estrechísima relación que existe entre este derecho de carácter social y los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de todos los ciudadanos. En este sentido, tal como ha destacado MENÉNDEZ REXACH, la protección de la salud y la asistencia sanitaria no constituyen una opción del legislador sino una exigencia constitucional<sup>28</sup>.

La instauración de un sistema público sanitario no es sino una manifestación de la opción por un determinado modelo de Estado cuya característica básica, tal como ha destacado PALOMAR OLMEDA, es la superación del modelo de Estado abstencionista en sus relaciones con la sociedad y su sustitución por un tipo de Estado que interviene directamente en la vida social hasta el punto de convertir en funciones propias las que hacen referencia a la satisfacción de las necesidades sociales<sup>29</sup>. El principio del Estado social, en palabras de CASCAJO CASTRO, viene a caracterizar la estructura del ordenamiento y de la Constitución y compromete a los órganos del Estado y a los mismos sujetos particulares en una acción de transformación de la sociedad, que tiene como últimos fines la igualdad y la extensión del bienestar, de tal forma que la idea del Estado social termina por identificarse con la propia concepción del progreso civil<sup>30</sup>.

---

*estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo, Vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, pág. 374.*

28 MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas”, en la Revista *Derecho y Salud*, Volumen 11, Número Extraordinario, mayo de 2003, pág. 26.

29 PALOMAR OLMEDA, Alberto, “El tratamiento constitucional de la salud”, en la obra colectiva coordinada por el mismo autor y titulada *Manual jurídico de la profesión médica*, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 119; DOYAL, Len y GOUGH, Ian, *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994, consideraron la salud y la autonomía como las dos necesidades básicas del individuo, necesarias para el logro del estado de bienestar; MONEREO PÉREZ, José Luis, “La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización” en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Julio-Septiembre de 1995; GARCÍA COTARELO, Ramón, *Del Estado del bienestar al Estado del malestar: (La crisis del Estado social y el problema de legitimidad)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986. Para este autor, el Estado social persigue la síntesis de dos ideas contrapuestas, la libertad y la igualdad. “Bienestar social garantizado por la intervención administrativa del Estado en todos los ámbitos sociales pero en un medio de libertades formales en cuyo fundamento se encuentra la convicción de que el único criterio de validación es el procedimental” (pág. 14).

30 CASCAJO CASTRO, J.L., “La configuración del

La opción constitucional por un “Estado Social” va a tener repercusiones importantísimas también en materia sanitaria, toda vez que está imponiendo la existencia necesaria de un Estado preocupado y comprometido con la sociedad que tiene como uno de sus objetivos prioritarios y fundamentales el garantizar un determinado nivel de vida de los ciudadanos y un determinado grado de bienestar social, sobre todo para los ciudadanos más desfavorecidos. Desde esta perspectiva, la protección de la salud y el establecimiento de un sistema que cubra las necesidades sanitarias y sociales mínimas de todos los ciudadanos puede verse como una conquista de los ciudadanos y del Estado social y, en este sentido, puede decirse que el Sistema Nacional de Salud es una concreción, manifestación y desarrollo del Estado social en el ámbito de la salud. Todo ello sin olvidar, claro está, que en la propia Constitución hay una remisión al legislador para que sea éste, esto es, las Cortes Generales y en su caso las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, el que en cada momento histórico decida su alcance y contenido concreto.

Por ello, hasta hace tan sólo unos años y en virtud precisamente de las exigencias que impone el modelo de Estado social que hemos adoptado en nuestra Constitución, difícilmente se habría podido concebir que un legislador realmente preocupado y responsable de la sociedad pudiera dar marcha atrás en el contenido y extensión del derecho a la protección de la salud y adoptara medidas de claro carácter regresivo. La práctica demuestra precisamente todo lo contrario, la tendencia a garantizar un ámbito de protección de la salud individual y colectiva cada vez mayor y, en definitiva, a una ampliación progresiva de los derechos de los ciudadanos relacionados con la salud. Ello se ha traducido en una ampliación progresiva, tanto de la cartera de servicios como de los colectivos titulares de la asistencia sanitaria pública. Al menos así venía ocurriendo hasta el inicio de la actual crisis económica.

Esta tendencia, por lo demás, constituía la esencia misma que estaba en la teorización de las doctrinas sobre la irreversibilidad de las conquistas sociales. Los principios rectores de la política social y económica fueron concebidos con ese propósito y se hicieron depender directamente del legislador con la intención de facilitar su progresividad, la extensión

---

Estado social en la Constitución española”, en la obra colectiva titulada *Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, coordinada y dirigida por CÁMARA VILLAR y CANO BUESO, editada por Tecnos, Madrid, 1993, pág. 41.

de su contenido y de su ámbito de protección conforme fueran mejorando las condiciones económicas del país, tal como así había venido sucediendo. La crisis económica, sin embargo, ha supuesto un importante punto de inflexión en esta materia. Se están limitando las prestaciones sanitarias públicas, se están aumentando las aportaciones de los usuarios por ellas y se están excluyendo a determinados colectivos de personal, tal como ha ocurrido con los inmigrantes ilegales. Ante esta situación, una de las cuestiones más importantes sobre las que tendrá que teorizar la doctrina es la relativa a sus límites. ¿Hasta dónde podría llegar el legislador en la reversibilidad del derecho a la protección de la salud? ¿Qué límites encuentra para ello en nuestra Constitución y en nuestro ordenamiento jurídico?

Ciertamente resulta complejo hacer compatibles todos estos postulados en el nuevo marco de estabilidad presupuestaria y con las nuevas limitaciones constitucionales que ha establecido la reforma del art. 135 de la Constitución (desarrollada por la *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera*) que establece la prioridad absoluta de los recursos económicos para el pago de las deudas. Resulta paradójico, sin embargo, que el párrafo cuarto de este precepto mencione la sostenibilidad social del Estado como una excepción que posibilitaría la superación de los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública. Las posibilidades de protección que este supuesto proporcionaría al ciudadano frente a las políticas sanitarias regresivas, sin embargo, se nos antojan altamente ilusorias, sobre todo si tenemos en cuenta que su apreciación queda en manos del mismo sujeto que las ha dispuesto, aunque esta vez por mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

La doctrina está empezando a teorizar sobre la necesidad de avanzar hacia la “solidaridad social” como una noción central de la acción pública y que trasciende de la cláusula de Estado social para situarse en el ámbito superior de la dignidad humana (art. 10.1 de la Constitución) y directamente ligada con el principio de igualdad material del que deriva<sup>31</sup>. Desde esta perspectiva, por ejemplo, la exclusión en bloque de uno de los colectivos más sensibles y des-

favorecidos como es el de los inmigrantes irregulares resultaría poco compatible con estos parámetros. Resulta sumamente significativo y enriquecedor que en los últimos años se haya empezado también a interiorizar un nuevo concepto que apunta en esta misma dirección. Me refiero al de “sostenibilidad social”. Su análisis ciertamente supone una renovación bastante radical de las formas de concebir la sostenibilidad. Hasta ahora se han convertido en conceptos ya asumidos por todos los relativos a la sostenibilidad medioambiental y la sostenibilidad económica. Sin embargo, no se ha interiorizado de la misma manera el nuevo concepto, la nueva dimensión de la sostenibilidad social como una exigencia de mantenimiento de la cohesión social, a pesar de que su relación directa con nuestro modelo constitucional de Estado. En nuestro país, por ejemplo, PONCE SOLÉ propone la sostenibilidad social como límite al principio de estabilidad presupuestaria y financiera. Entiende que se perjudica considerablemente la sostenibilidad social cuando el mantenimiento de la estabilidad presupuestaria implique medidas regresivas de prestaciones sociales que, desde una perspectiva singular impliquen afectaciones del núcleo mínimo inviolable de los derechos sociales, lo que justificaría una eventual declaración de inconstitucionalidad de la ley que las estableciera<sup>32</sup>.

Como ya empiezan a poner de manifiesto algunos autores, de cara a la implantación de determinadas políticas públicas, es preciso indagar sobre cómo combinar las reformas, especialmente las que tienen que ver con el ahorro económico y sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, con las consecuencias sociales que éstas producen, de tal modo que habría que preconizar la elaboración también de un nuevo principio, del “*principio de precaución social*”, como modo de asegurar la sostenibilidad social<sup>33</sup>. Aplicado al ámbito que ahora nos ocupa, y como una

32 PONCE SOLÉ, Juli, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos...*, op. Cit., págs. 52, 74, 117 y 122, fundamentalmente. Propone el autor desterrar también en este ámbito el mito del legislador soberano. No sería constitucionalmente admisible que el legislador adoptara medidas de forma apresurada, teniendo solamente en cuenta criterios de eficiencia o economía y con falta de estudios sobre el impacto que las mismas provocarían en los derechos sociales afectados. Para ello resulta imprescindible mejorar la calidad normativa mediante el establecimiento de indicadores lo más precisos posibles de cuando una crisis económica perjudica a la sostenibilidad social.

33 BALLEST, Jérôme, DUBOIS, Jean-Luc y MAHIEU, François-Régis, “A la recherche du développement socialement durable: concepts fondamentaux et principes de base”, en *Développement Durable et Territoires*, dossier 3, 2004. Consultado el 9 de octubre de 2013. URL: <http://developpementdurable.revues.org/1165>;

31 Nos remitimos directamente a CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, “Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales”, en la obra colectiva titulada *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo, Vol. I*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, pág. 375, así como a la bibliografía y referencias jurisprudenciales allí citadas.



nueva dimensión de la sostenibilidad, podría ser interpretado como la necesidad de analizar el impacto social que provocan las reformas sanitarias, como la obligación de los poderes públicos de abstenerse de realizar determinadas actividades o de adoptar determinadas políticas públicas mientras no se demuestre que no son dañinas para el mantenimiento la cohesión social. Se trataría, en suma, de intentar dar a este derecho social, al derecho a la protección de la salud, la mayor efectividad posible.

### **4.3 Su contenido viene predeterminado en algunos de sus aspectos por normas de carácter internacional.**

La libertad del legislador a la hora de configurar el contenido y extensión del derecho a la protección de la salud no es en modo alguno absoluta. Existen normas de carácter internacional que establecen ciertas exigencias mínimas a la hora de determinar el contenido de los derechos sociales y que, en consecuencia, vinculan a nuestro legislador. El marco constitucional debe ser interpretado como un mandato de optimización, de mejora continua y de progresión en los llamados derechos sociales o prestaciones. En todo caso, la interpretación de los derechos económicos y sociales reconocidos por nuestra Constitución hay que hacerla conforme a estos compromisos de carácter internacional suscritos por el Estado español, tal como se deriva del mandato contenido en el art. 10.2 de la Constitución<sup>34</sup>.

En el seno del Consejo de Europa es preciso tener en cuenta **la Carta Social Europea**, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 y firmada por el Estado español el 27 de abril de 1978. Tras garantizar en el art. 11 el derecho a la protección de la salud, garantiza en su art. 13 el derecho a la asistencia social y médica<sup>35</sup>. Para ello, el Estado se obliga a velar por que toda persona que no disponga de recursos sufi-

cientos y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de Seguridad Social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado.

El Comité Europeo de Derechos Sociales, que es el órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la Carta por los Estados partes a través de la presentación de informes estatales y las reclamaciones colectivas, ha publicado el 22 de abril de 2013 cinco decisiones sobre el sistema de Seguridad Social griego<sup>36</sup>. En ellas ha considerado que, aunque las restricciones en el sistema de prestaciones de Seguridad Social no suponen en sí una violación de la Carta Social Europea, los efectos cumulativos de todas las restricciones impuestas como consecuencia de las medidas de austeridad pueden suponer una violación del derecho a la Seguridad Social proclamado en el art. 12 de la Carta<sup>37</sup>. Un planteamiento similar podría realizarse, a nuestro juicio, del derecho a la protección de la salud.

Podemos traer a colación la *Reclamación número 14/2003 (Federación internacional de ligas de derechos humanos contra Francia*, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004). El Comité entendió que,

---

36 Después de examinar los informes estatales, el Comité dicta unas 'conclusiones' sobre el cumplimiento de la Carta por el Estado parte. El Comité toma una decisión basada en los méritos de la denuncia y notifica a las partes pertinentes y al Comité de Ministros a través de un informe. Dicho informe se hace público dentro de un periodo de 4 meses. Por último, el Comité de Ministros adopta una resolución. En algunas ocasiones, recomienda al Estado pertinente tomar medidas específicas para que la situación sea conforme a los requisitos de la Carta Social Europea.

37 Dirá el Comité que algunas de las reducciones introducidas por el Gobierno griego y criticadas por los reclamantes no suponen por ellas mismas una violación de la Carta. Este es particularmente el caso de las restricciones introducidas en las pensiones cuando el nivel de las pensiones es suficientemente alto o cuando la edad para disfrutar de las pensiones es baja, pues hay un interés público en que esas personas puedan seguir en el mercado de trabajo. Por el contrario, los efectos cumulativos de tales restricciones, tal como han sido descritas por los reclamantes y que no han sido contestadas por el Gobierno, suponen una significativa degradación de las condiciones de vida de los pensionistas. A pesar del contexto de la crisis económica griega y de que el Gobierno ha sido requerido para adoptar decisiones urgentes, el Gobierno no ha probado haber realizado un análisis de los efectos de tales medidas y su impacto en la sociedad. Tampoco ha justificado si se podrían haber adoptado otras medidas alternativas. No ha demostrado los esfuerzos que ha realizado para mantener un nivel de protección suficiente de los colectivos más vulnerables de la sociedad, a pesar de que las medidas adoptadas suponen una gran pauperización. Los cinco informes pueden consultarse en la siguiente página (última consulta: el 23 de abril de 2013):

[http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/NewsCOEPortal/CC76-80Merits\\_en.asp](http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/NewsCOEPortal/CC76-80Merits_en.asp)

---

34 Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

35 La Carta Social Europea de 1961 fue ratificada por España el 29 de abril de 1980, esto es, una vez establecido nuestro nuevo ordenamiento constitucional democrático, incluyéndose dicha ratificación en el paquete de tratados internacionales más significativos de Naciones Unidas (los dos Pactos de 1966, ratificados en 1977) y del Consejo de Europa (el Convenio Europeo de 1950, ratificado en 1979). Sin embargo, no ha ratificado las mejoras posteriores de la Carta Social de 1996, revisada en 1996, lo que afecta al sistema de reclamaciones colectivas, que no ha sido admitido por nuestro Estado.

sin perjuicio de las políticas de inmigración de cada Estado Parte en la Carta Social, los extranjeros no pueden ser excluidos de determinados derechos inherentes a la dignidad de la persona, como es la asistencia sanitaria<sup>38</sup> (apartados 30, 31 y 32):

*«30. Con ocasión de la presente reclamación, el Comité se ve llamado a decidir cómo la restricción que figura en el Anexo debe ser entendida en función del objetivo primordial de la Carta tal como ha sido definido. Esta restricción concierne a un amplio abanico de derechos sociales garantizados por los artículos 1 a 17, y les afecta de forma diversa. En el presente asunto, dicha restricción afecta a un derecho que reviste una importancia fundamental para el individuo, puesto que dicho derecho se encuentra ligado al mismo derecho a la vida y afecta directamente a la dignidad del ser humano. Por añadidura, la restricción penaliza en este caso a niños que se encuentran expuestos al riesgo de no poder beneficiarse de un tratamiento médico.*

*31. Ahora bien, la dignidad humana representa el valor fundamental que se encuentra en el corazón del Derecho europeo positivo en materia de derechos humanos —tanto si se trata de la Carta Social Europea como si se trata del Convenio Europeo de Derechos Humanos— y la atención sanitaria constituye una condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana.*

*32. Por consiguiente, el Comité estima que una legislación o una práctica que niegue el derecho a la asistencia médica a los ciudadanos extranjeros, en el territorio de un Estado parte, aun cuando estén en situación irregular, es contraria a la Carta».*

Mayores e incluso más concretos niveles de protección ofrece en el ámbito de Naciones Unidas el **Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, en virtud fundamentalmente de la interpretación realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través de la Observación General sobre el derecho a la protección de la salud en el año 2000. El artículo 12 de este Pacto consagra el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

38. Véase a JIMENA QUESADA, Luis, y TOMÁS MALLÉN, Beatriz, “Hacia un estándar europeo común de igualdad: la contribución del Comité Europeo de Derechos Sociales”, en la *Revista de Derecho Político*, núm. 68, 2007, págs. 351 y 352; así como JIMENA QUESADA, L.: *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Sistema de reclamaciones colectivas 1998-2005*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

Pues bien, entre las múltiples medidas que deberán adoptar los Estados para lograr la efectividad de este derecho figuran, entre otras, la creación de condiciones que aseguren a todos los ciudadanos la asistencia médica en caso de enfermedad. Para ello, cada Estado se ha comprometido a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, **hasta el máximo de los recursos de que disponga**, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas (art. 2). Es más, el compromiso de los Estados llega a garantizar que este derecho se ejerza sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Sólo se establecen especialidades para los “países en desarrollo” que, teniendo en cuenta su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizan estos derechos a personas que no sean nacionales suyos.

Es decir, España, como Estado firmante del Pacto, está obligada a dar plena efectividad al derecho a la protección de la salud “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. De ello se deriva una obligación de prioridad de gasto al adoptar decisiones sobre el gasto público respecto de otras partidas discrecionales y, en todo caso, deberá justificar y motivar adecuadamente por qué reduce el gasto público respecto de la salud. Obviamente en un contexto de grave crisis económica y en el marco del principio de estabilidad presupuestaria que ha consagrado recientemente el art. 135 de nuestra Constitución no resultará fácil cumplir las condiciones del Pacto para esta rebaja del gasto sanitario, especialmente si tenemos en cuenta que la nueva redacción de este precepto otorga prioridad absoluta en el gasto, no al desarrollo de los derechos sociales, sino al pago de los intereses y el capital de la deuda de nuestras Administraciones Públicas.

Conviene tener en cuenta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), que es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto por los Estados firmantes<sup>39</sup> y el encargado de interpretar sus dispo-

39 Para la realización de esta tarea de supervisión, todos los Estados partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan esos derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar informes a los dos años de la aceptación del Pacto y luego cada cinco años. El

siciones en forma de Observaciones Generales, ha dado contenido a este derecho y ha determinado las obligaciones de los Estados firmantes en esta materia. Precisamente, en su reunión de 12 de mayo de 2000, el Comité adoptó la *Observación General n.º 14 respecto del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. En ella ha definido la salud como “**un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos**”. En el párrafo 43 interpreta que es obligación básica de los Estados, como mínimo, la de garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial, por lo que respecta a grupos vulnerables o marginados, así como facilitar medicamentos esenciales.

Es obligación básica y esencial de los Estados la de adoptar medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga. “*Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del art. 12 del Pacto*”. Si la limitación de los recursos imposibilita el pleno cumplimiento de estas obligaciones, “*el Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas supra. Cabe señalar sin embargo, que un Estado parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 supra, que son inderogables*”.

Es decir, respecto de los inmigrantes sin papeles, podríamos decir que el Estado Español ha incumplido una de las obligaciones básicas e indisponibles previstas por el Pacto como es la relativa a la obligación de garantizar el derecho de acceso a centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados. Las razones económicas no justifican desde el punto de vista del Pacto esta limitación a este concreto colectivo de personal.

En el párrafo 48 de la Observación General prohíbe la adopción de cualesquiera medidas regresivas respecto de la salud. “Constituye una violación del Pacto la revocación o suspensión formal de la legis-

lación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales o internacionales relativas al derecho a la salud”. Estas actitudes por parte del Estado se califican como actos de comisión. Entre las violaciones por actos de omisión figuran, según su párrafo 49, “*no adoptar las medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho universal a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental*”.

En todo caso, si analizamos las medidas adoptadas por el Real Decreto Ley 16/2012 que excluyen a los inmigrantes sin papeles, podríamos decir que se ha producido una violación de las obligaciones de cumplir que incumben a los Estados firmantes según lo dispuesto en el párrafo 50 de la Observación General. Dicha violación se produce cuando “*los Estados partes no adoptan todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho a la salud. Cabe citar entre ellas la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos; los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas...*”.

Habrà que ver, no obstante, la lectura final que de este marco internacional acaba realizando el Tribunal Constitucional cuando se resuelvan los recursos de inconstitucionalidad que han planteado algunas Comunidades Autónomas frente a este Real Decreto Ley. En todo caso, tanto la Carta como el Pacto deberían ser utilizados como parámetros a la hora de delimitar -al menos en estos aspectos básicos y esenciales- el margen de libertad de que dispone el legislador para la configuración de este derecho.

#### **4.4 No basta con alegar el argumento económico. La toma de decisiones administrativas debe respetar la legalidad y los principios inspiradores del servicio público sanitario. Algunos ejemplos.**

Además de este marco constitucional que delimita las potestades de nuestro legislador ordinario para la concreción del derecho a la protección de la salud, existe un marco legal y reglamentario que predetermina también el contenido de la toma de decisiones administrativas y la adopción de las políticas sanitarias. La Administración sanitaria dispone de un importantísimo margen de discrecionalidad a la hora de

---

Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de “observaciones finales”. Por el momento, el Comité no puede examinar las denuncias de los particulares, aunque se está estudiando un proyecto de Protocolo Facultativo de Pacto que facultaría al Comité para ello.

organizar el servicio público sanitario. Ahora bien, como toda potestad discrecional, también su potestad autoorganizatoria está sometida a importantes límites que, en modo alguno, pueden suponer un desconocimiento o perturbación en la prestación del servicio. Sin ánimo alguno de exhaustividad, son varios los ejemplos de tutela judicial de este derecho que se han producido en estos últimos meses y que podríamos traer a colación.

*a) El cierre nocturno de centros sanitarios*

La Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de Castilla-La Mancha, en el ejercicio de sus potestades organizativas, elaboró la Orden de 20 de noviembre de 2012 con la intención de optimizar la utilización de los recursos físicos, humanos y materiales. Dispuso una nueva organización de la atención sanitaria urgente y continuada en las Zonas Básicas de Salud que se traducía en el cierre nocturno de varios puntos de atención continuada de determinadas zonas rurales (PAC). Tan sólo tres días después de su entrada en vigor, mediante Auto de 17 de enero de 2013, dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el procedimiento ordinario en pieza separada de medidas cautelares, se produjo la adopción de una medida cautelarísima de suspensión de la citada Orden, inaudita parte, sin intervención de la Administración autora de la norma. Una vez presentadas las alegaciones por parte de la Administración se adoptó el Auto de 29 de enero de 2013 por el que se estiman parcialmente las pretensiones de tutela judicial inmediata planteadas por el Ayuntamiento de Tembleque y se suspendió cautelarmente la orden que suponía el cierre de atención nocturna de su centro de salud. Posteriormente se extendió la medida cautelar a otros Ayuntamientos de la región que así la habían solicitado y finalmente, ante la judicialización del conflicto, la Administración decidió derogar el mencionado plan a través de la Orden de 25 de marzo de 2013.

En sus pronunciamientos ha recordado la Sala que el ejercicio de las potestades organizativas por parte de la Administración no es ilimitado y debe hacerse en todo caso cumpliendo el marco que establece nuestro ordenamiento sanitario y motivando en todo caso por qué se produce ese cambio de criterio, máxime cuando se afecta al derecho a la protección de la salud. La parte expositiva de la Orden justifica la medida como una manifestación de la potestad organizativa de la Junta de Comunidades de Castilla-La

Mancha, de sus incuestionables funciones de ordenación y dirección de los servicios públicos y, singularmente, de su facultad para establecer el modelo y el procedimiento más adecuados (a su juicio) en orden a facilitar el acceso de los ciudadanos a la modalidad de prestación sanitaria urgente. Se fundamenta el cambio en la necesidad de optimizar la utilización de los recursos humanos y materiales y *“esta es toda la <<motivación>> recogida en la Orden”*, según la Sala. Reprocha el Tribunal que no se haya incorporado a los autos el expediente administrativo relativo a la aprobación de la Orden, sino que se ha aportado a posteriori la explicación relativa a la *“situación gravísima del Sistema Sanitario en la Comunidad Autónoma por la brecha entre el gasto presupuestado y el gasto real llevado a cabo por el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), que se califica de “cercana al colapso” y que supone un riesgo para la salud de los ciudadanos, siendo responsabilidad de los gestores públicos evitar que se produzca (se afirma que el gasto real del SESCAM en 2011 era superior en cerca de 580 millones respecto al gasto presupuestado del SESCAM para 2012); de ahí la aplicación de un plan de medidas para racionalizar el gasto sanitario de Castilla-La Mancha”*.

En la ponderación que realiza el Tribunal para la adopción de su decisión parte de la racionalidad del interés general tutelado por la Comunidad Autónoma, que persigue la racionalización del gasto público sanitario para lograr la sostenibilidad del sistema, y el perjuicio que se causaría para los ciudadanos en la protección de su salud. La adopción de una norma por motivos significadamente económicos crea, a juicio de la Sala, una zona de incertidumbre y de inseguridad para el paciente incompatible con la actividad prestacional sanitaria que compete a la Administración Autonómica por mandato constitucional y estatutario, en lo relativo al servicio de urgencias en toda su extensión horaria. Todo ello por:

*“1º El mayor tiempo que se emplea en el desplazamiento ante situaciones que pueden ser críticas para la vida humana especialmente significativo para el colectivo de niños y ancianos, ciertamente significativa en los ámbitos rurales con población envejecida, con especiales dificultades para el desplazamiento; 2º El riesgo de mayor número de derivaciones a otros centros asistenciales y hospitalarios con la consecuencia de mayores tiempos de espera y aplazamientos del tratamiento adecuado; 3º El riesgo de saturación del Centro de Ocaña por tener que atender a una población mayor de personas como consecuencia de la supresión del servicio de urgen-*

*cias de Tembleque (que afecta, no se olvide, a otros dos municipios) no aparece ningún plan que refuerce los medios materiales y personales disponibles para afrontar las ingentes necesidades de un mayor número de usuarios; 4º Falta de concreción del personal sanitario asistencial en los medios de transporte de pacientes, dato especialmente relevante en los casos de emergencia donde se hace indispensable una primera asistencia con soporte vital así como en el Centro de Ocaña sobre el que nada se indica sobre eventuales medidas de refuerzo y mejores medios materiales para atender la carga adicional que representan los usuarios desplazados desde Tembleque y sus alrededores; 5º En la misma línea discursiva y en consonancia con ella, si bien es cierto que en el informe técnico de 18-1-2013 de la Dirección General de Atención Sanitaria y Calidad se hace alusión a los medios de transporte de los que dispone el PAC de Tembleque se elude toda mención a su dotación de personal así como a su cualidad o condición, indicación que se juzga indispensable y que ha sido determinante en esta decisión cautelar, por ejemplo en los casos de urgencias graves o situaciones de emergencia que requieren primeros auxilios o asistencias indispensables llevadas a cabo por facultativos o personal especializado y cualificado de los que depende en muchos casos que se puedan evitar situaciones de riesgo vital o que puedan comprometer la integridad física de las personas”.*

Se trataba de una medida cautelar, que en modo alguno prejuzgaba el fondo del asunto. No obstante, pone de manifiesto que la Administración tiene que ejercer sus potestades organizatorias respetando el ordenamiento jurídico, adoptando las medidas sustanciales que sean necesarias para la correcta prestación del servicio sanitario de urgencia y, en todo caso, debe motivar adecuadamente por qué toma una concreta decisión y qué medidas alternativas se adoptan para evitar que se vea menoscabada la prestación del servicio y el derecho a la protección de la salud de los ciudadanos afectados.

#### *b) La externalización de hospitales públicos*

En otras ocasiones la Administración toma medidas organizativas que buscan directamente el ahorro y afectan al modo de gestión de los servicios públicos sanitarios. Así está sucediendo con los seis hospitales madrileños que están en proceso de externalización para su gestión por empresas privadas. Con la expresa habilitación de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, la Resolución

de 30 de abril de 2013 de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid ha hecho público el *Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) para la contratación de la gestión, por concesión, del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, del Henares, de Sureste y del Tajo* (publicada en el BOCM nº 107 de 7 de mayo de 2013). El nuevo sistema se fundamenta exclusivamente en que es más económico el coste total de la asistencia sanitaria especializada si se gestiona por empresas privadas y no directamente por la Administración.

La legalidad de estas medidas organizativas ha sido ya respaldada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. La STS de 20 de diciembre de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), con apoyo en la STC 37/1994, dio el espaldarazo definitivo a la utilización de las fórmulas de gestión indirecta en el servicio público sanitario al desestimar la impugnación de la contratación llevada a cabo en los hospitales de Alzira y Sueca. Señaló entonces el Tribunal que los artículos 41 y 43 de la Constitución no imponen la gestión pública directa y exclusiva del sistema de salud<sup>40</sup>. Ahora bien, ello no implica que esta toma de decisiones administrativas pueda ser completamente libre. Como cualquier otra potestad de carácter discrecional también está sometida a importantes controles. Como el propio Tribunal reconoce en esta sentencia, las nuevas formas de gestión deben respetar y salvaguardar los derechos de los usuarios. Esto es, deben cuidar que la su utilización en la prestación del servicio no redunde en perjuicio del usuario y, en definitiva, que se le otorgue un servicio con las adecuadas garantías y sometido a los controles oportunos.

Nuestro marco jurídico ofrece también importantes parámetros de control cuando se ejercitan este tipo de potestades organizativas, máxime cuando se trata de una materia especialmente sensible como esta que, por su propia naturaleza y su envergadura requiere ser tratada con cautela. Efectivamente, en el ejemplo que vamos a analizar, una vez aprobado el pliego del contrato y unos días antes de que concluyera el plazo fijado (el día 3 de junio de 2013),

<sup>40</sup> Como así además lo ha declarado la STC 37/1994 al entender que “el derecho de que los ciudadanos puedan ostentar en materia de seguridad social salvando el carácter indisponible para el legislador de la garantía constitucional de esta institución-, es un derecho de estricta configuración legal, y que el carácter Público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada”.

la Administración dictó una nueva Resolución denominada de corrección de errores que modificaba la redacción definitiva de una de las cláusulas del pliego y que reducía considerablemente la cuantía de la garantía definitiva que debía prestar el licitador que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa, que pasaba del 5% del importe de adjudicación del contrato (10 años), al 5% del importe anual de adjudicación del contrato.

La medida ha generado una enorme conflictividad social y jurisdiccional. Contra la ley de cobertura ha sido admitido un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (nº 1884/2013) y se han presentado numerosas impugnaciones, tanto en el ámbito penal como en el administrativo<sup>41</sup>. En concreto, y en lo que ahora nos interesa, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a través de su Auto de 11 de septiembre de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) ha suspendido cautelarmente dicho procedimiento a raíz del recurso planteado por la Asociación de Facultativos Especialistas de Madrid (AFEM). Aunque ha habido más pronunciamientos judiciales, tomamos este como referencia en nuestro análisis.

Tal como reconoce la Sala, se trata de un proyecto de una enorme envergadura que supone el inicio en el ámbito sanitario de un proceso privatizador sin precedentes, tanto por el número de centros afectados, como de profesionales, prestaciones y pacientes afectados. Según el relato fáctico del Auto, afecta a seis hospitales de la red pública de la Comunidad de Madrid, que cuentan con un total de 1.149 camas (se incluyen además 4 Centros de Especialidades y 4 Centros de Salud Mental). Se verían afectados 92 municipios de Madrid, 1.151.588 personas y 5.128 profesionales. Implica transacciones económicas cuantiosísimas por el precio de los contratos que la Administración tendría que pagar a las entidades concesionarias que, además, quedarían automáticamente subrogadas en 392 contratos de suministro y

de servicios vigentes por un importe total aproximado de 43.860.373,46 euros, poniéndose además a disposición de las adjudicatarias las existencias almacenadas en los diferentes hospitales, cuyo importe global orientativo asciende a 9.686.819,47 euros. Asimismo, el objeto de las prestaciones contractuales excede el conjunto de las que se pueden prestar en los hospitales y centros objeto de los contratos, por cuanto que la Administración tendría que abonar a las empresas privadas adjudicatarias unos servicios que va a seguir prestando ella misma, tal es el caso de todas las prestaciones sanitarias que dependen de servicios que no existen en los hospitales a privatizar<sup>42</sup> y que, evidentemente, al formar parte del catálogo de prestaciones y servicios del Sistema Nacional de Salud se integran en el derecho a la salud de los ciudadanos.

El Auto, sin verter consideración alguna acerca del nuevo modelo de gestión sanitaria elegido ni sobre la bondad de un sistema de gestión sobre otro —pues ello excedería de su competencia—, ha considerado que este proceso privatizador es de unas dimensiones tan extraordinarias que harían muy difícil, por no decir imposible, volver a la situación anterior en caso de que no se accediera a la medida cautelar de suspensión y se estimara el recurso. Podrían crearse situaciones irreversibles que podrían hacer ineficaz la sentencia misma, sobre todo en relación con el proceso de opciones, decisiones y movilidad de su personal. La apariencia de que la corrección de errores excede las posibilidades de actuación que prevé el art. 105 de la Ley 30/1992 y la falta de acreditación por parte de la Administración del perjuicio económico relacionado con el ahorro del gasto público que supondría el nuevo sistema de gestión han sido argumentos suficientes para decretar la suspensión del proceso.

Algunas reflexiones personales podrían hacerse al respecto. La participación y colaboración de los sujetos privados en la prestación de los servicios públicos es una fórmula bien conocida en la prác-

41 La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha rechazado en octubre de 2013 un recurso presentado por CC.OO. contra este proceso de externalización al entender que es una fórmula legalmente habilitada por la legislación, tal y como se contiene en la Ley 15/07 sobre habilitación de nuevas fórmulas de gestión del Sistema Nacional de Salud, y que ha sido realizado por quien ha sido legalmente habilitado para ello (SERMAS), sin que esa decisión (legalmente permitida como una de las posibles opciones) pueda ser objeto de revisión jurisdiccional. Para evitar pronunciamientos contradictorios, el presidente de dicho Tribunal ha dictado el 11 de octubre una diligencia de ordenación para aunar en una Sala todos los recursos presentados contra la externalización y evitar así posibles fallos contradictorios.

42 En realidad no se trataría de una privatización propiamente dicha, toda vez que la responsabilidad y la titularidad del servicio público sanitario seguiría estando en manos de la Administración. Se trataría simplemente del recurso a una fórmula de gestión indirecta de estos servicios a través de cualquiera de las modalidades contractuales que prevé la legislación de contratos y que ahora se empieza a conocer también como “externalización” de servicios. Sobre la implantación de este nuevo concepto en la práctica administrativa nos remitimos a CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?”, *Documentación Administrativa*, número 286-287 (enero-agosto de 2010), 2011, págs. 297 y ss.

tica administrativa, incluso en el ámbito sanitario a través de la concesión, de la vinculación singular de hospitales y de la pléyade de posibilidades gestoras que introdujo el *Real Decreto-Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas fórmulas de gestión del Sistema Nacional de Salud*. En el ejercicio de sus potestades de autoorganización, nuestro ordenamiento administrativo prevé la posibilidad de que la Administración pueda decidir realizar una determinada actividad o prestar un servicio público, bien directamente o bien de forma indirecta a través de cualquiera de las modalidades de gestión de servicios que permiten nuestras normas sobre contratación administrativa. Las posibilidades de actuación para la Administración son múltiples. Ahora bien, hay determinados tipos de actividades administrativas que por su naturaleza no son susceptibles de externalización o contratación. Así sucede, por ejemplo, con el ejercicio de potestades públicas, cuya realización está reservada directamente a la Administración y a sus funcionarios públicos. Ni siquiera pueden ser ejercidas dichas potestades por los empleados públicos laborales (art. 9.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público). Otras, por el contrario, tienen una naturaleza que se presta especialmente a este tipo de gestión, tal como sucedería, por ejemplo, con los servicios de limpieza de un hospital, con los servicios de seguridad, con los de lavandería o con servicios de restauración, etc. Sin embargo, a nuestro modo de ver, la contratación de la asistencia sanitaria especializada al paciente plantea importantes inconvenientes y serias dudas de compatibilidad legal con los principios inspiradores de nuestro Sistema Nacional de Salud.

Precisamente por ello -y como cautela-, antes de iniciar el procedimiento de contratación la Administración debe fijar con precisión en la documentación preparatoria del contrato la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas. Si se busca modificar la forma de gestión para derivarla hacia empresas privadas deberá explicar y motivar la racionalidad de la medida, qué se pretende y qué se va a conseguir con ello en términos de una mayor eficacia y eficiencia en la prestación del servicio. Los pretendidos ahorros económicos que supondría la medida no se han acreditado de forma irrefutable<sup>43</sup>.

43 Se utiliza siempre el argumento de que el precio per cápita por paciente sería bastante inferior. No obstante, no existe ningún estudio empírico riguroso que dé transparencia respecto de los factores que se tienen en cuenta en la determinación del coste por paciente en el sistema público ni sabemos si se

En rigor, pues, no se podría mantener que la Administración cumple con este mandato legal de eficiencia económica si decide externalizar funciones que bien podría realizar a través de su personal aunque, eso sí, adoptando determinadas medidas a través de una mejor gestión y organización de la atención sanitaria especializada. Desde esta perspectiva se apunta nuevamente a que la externalización debería ser un remedio secundario, utilizable sólo ante la imposibilidad de llevar a cabo la prestación adecuada del servicio. Quiere ello decir que si dispone de los medios personales y materiales necesarios para desarrollar una determinada actividad o prestar un determinado servicio que se proyecta externalizar, la decisión de externalizar podría tener un dudoso encaje en esta cláusula limitativa. Lo actuación más razonable en este caso probablemente debería pasar por la adecuada gestión del servicio, por la detección de las bolsas de ineficiencia que pueden producirse en la gestión, toda vez que existe un principio organizativo básico de “*utilización racional del funcionariado existente*” proclamado por la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 8/2010, de 27 de abril, Sala Segunda).

En esta primera valoración, además de la naturaleza de las funciones que se van a realizar, también tendríamos que tener en cuenta un segundo elemento: el relativo al momento exacto en el que se toma la decisión externalizadora. No es lo mismo poner en funcionamiento un servicio nuevo que dismantelar uno ya existente externalizándolo. En este sentido, la regla general de la que parte la normativa sobre contratos es precisamente la de la excepcionalidad o subsidiariedad de la externalización<sup>44</sup>. Así parece derivarse del principio de racionalidad de la contratación formulado en el art. 22 de Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en la medida en que dispone que la Administración no podrá “celebrar otros contratos que aquéllos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales”. ¿Es real-

tienen en cuenta exactamente los mismos ítems. Por otra parte la experiencia pone de manifiesto que los costes reales de la Administración sanitaria que decide externalizar son muchos mayores. Así sucedió con el hospital de Alzira, que tuvo que ser rescatado y modificado su contrato para incluir unas cantidades por cápita muchísimo más elevadas que las inicialmente negociadas, eso sí, una vez que ya había pasado el debate público sobre la cuestión.

44 Así lo hemos señalado en “El debate sobre la externalización y el número de funcionarios en nuestras Administraciones Públicas”, capítulo del libro *Crisis económica y Función Pública*, dirigido por FUENTETAJA PASTOR y CANTERO MARTÍNEZ, Tecnos, Madrid, 2012, págs. 151 y ss.

mente necesaria o imprescindible la externalización de estos hospitales para seguir cumpliendo el servicio público sanitario? ¿Es más eficaz la gestión privada de los hospitales que su gestión Pública? Ciertamente debería causar rubor a los propios gestores públicos que optan por este tipo de decisiones justificar el recurso a las empresas privadas en su propia incapacidad para llevar a cabo una gestión eficiente de lo público<sup>45</sup>, máxime cuando las últimas reformas que se han llevado a cabo en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en materia de personal, aportan ya novedosas herramientas para lograr una gestión de sus recursos humanos profesionalizada y flexible.

Por otra parte, aun siendo necesaria la colaboración de sujetos o entidades privadas en la prestación de los servicios públicos es preciso adoptar siempre cautelas para que no se vean comprometidos sus principios inspiradores. Algunos ejemplos de estos riesgos se están produciendo precisamente en el momento en que se está redactando este trabajo. Según han publicado los medios de comunicación<sup>46</sup>, la sanidad madrileña ha dejado temporalmente a 30.000 mujeres sin su mamografía preventiva al haber suspendido durante siete meses el Programa de Detección Precoz de Cáncer de Mama por un retraso en la suscripción del nuevo contrato que mantiene con las empresas privadas. La prestación del servicio sanitario ha quedado temporalmente interrumpida, lo que resulta completamente incompatible con el principio básico de continuidad de los servicios públicos. Por ello, más allá de su habilitación legal, no es de extrañar que la opción externalizadora haya generado ciertos recelos y dudas acerca de su compatibilidad con los valores que inspiran el Sistema Nacional de Salud.

En este sentido suele imputarse a este modelo una crítica esencial: la incompatibilidad de los valores públicos con el lucro que inspira la actividad privada empresarial. La empresa privada que gestiona el servicio sanitario suele ocuparse esencialmente de los procesos menos costosos. Los procesos más gra-

ves y onerosos suelen ser derivados a otros centros sanitarios públicos. Como medida para evitar esta peligrosa tendencia suelen incluirse cláusulas para prever que el dinero siga al paciente. De esta forma, si el paciente es tratado en un hospital público la empresa pierde su cápita. No obstante, y como a nadie se le escapa, éste es simplemente un ingenuo mecanismo de “lavado de cara del sistema”, si se permite la expresión. Siempre le va a resultar mucho más rentable a la empresa privada concesionaria perder la cápita (que no llega a los 500 euros anuales como media en estos contratos) que costear los miles de euros que un tratamiento costoso o largo supondría. Como ha señalado REPULLO LABRADOR, el lucro es un incentivo demasiado poderoso para un sector complejo y con dificultad para medir la calidad y los resultados a medio-largo plazo. Por muy bien que estén confeccionados los contratos, por buena que sea la información, y por diligente que sea el regulador, la posibilidad de comportamientos oportunistas es enorme, y la conducta de selección de riesgos es difícilmente evitable<sup>47</sup>.

Estos riesgos se agravan todavía más cuando se intenta hacer a los propios profesionales sanitarios partícipes de ese ánimo de lucro. Efectivamente, otro aspecto polémico del proceso privatizador ha sido la inclusión como criterio de valoración de la participación de los profesionales del hospital en el accionariado de la empresa concesionaria. Supuestamente tiene por objeto involucrar a los profesionales en la gestión del centro, beneficiando la buena ejecución del servicio público. Para ello se establece una mayor puntuación a las empresas que presenten en su oferta un Plan de Adquisición de Acciones para Profesionales del Hospital. En principio, una primera lectura de esta medida puede ser positiva en la medida en que supone una mayor participación e implicación del personal en los órganos de gestión sanitaria. Sin embargo, si no va acompañada de determinadas cautelas puede ser interpretada como una perversión del sistema que introduce elementos extraños a los principios que rigen nuestro SNS. Nos podríamos encontrar ante un cuadro ciertamente inquietante: profesionales sanitarios que, en la medida en que se convierten en accionistas de las ganancias de su hospital, puedan caer en la humana tentación de reducir al máximo el número de pruebas diagnósticas o las pernoctaciones en el hospital con tal de disminuir los gastos y aumentar sus ganancias como empresarios.

<sup>45</sup> Así lo expresa el Auto. Véase al respecto el blog de Juli PONCE SOLÉ, sobre “La privatización de la sanidad. El caso de Madrid: entre derecho, política, economía y buena administración”, en la página Web de la *Revista Catalana de Dret Públic* (fecha de última consulta: 17 de octubre de 2013. <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eape-rcdp/2013/10/02/la-privatizacion-de-la-sanidad-el-caso-de-madrid-entre-derecho-politica-economia-y-buena-administracion-%e2%80%93-juli-ponce/#more-641>).

<sup>46</sup> Véase, por ejemplo, la noticia aparecida en el diario El Mundo de 9 de octubre de 2013 en <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2013/10/09/oncologia/1381305455.html>

<sup>47</sup> REPULLO LABRADOR, José Ramón, “Financiación de la sanidad: distribución y asignación de recursos”, en *Tratado de Derecho Sanitario*, obra colectiva dirigida por CANTERO MARTÍNEZ, Josefa y PALOMAR OLMEDA, Alberto, Aranzadi, 2013.



Si el ánimo de lucro que inspira por su propia naturaleza la actividad empresarial se traslada directamente al profesional sanitario se podría acabar pervertiendo todo el sistema. Para generar el daño basta simplemente con que se forje en el paciente la duda respecto al deber que tiene el profesional sanitario de prestar una atención sanitaria adecuada a las necesidades de su salud o a su deber de usar racionalmente los recursos diagnósticos y terapéuticos a su cargo para evitar la infrautilización y la inadecuada utilización de los mismos. Si no se controla adecuadamente todo este mecanismo pueden quedar seriamente comprometidos algunos de los valores y principios que inspiran la ordenación del personal estatutario (art. 4 de la Ley 55/2003), tales como el principio de objetividad e imparcialidad en el desempeño de sus funciones; los valores de integridad y neutralidad en su gestión o el principio de transparencia de sus intereses y actividades privadas como garantía de su dedicación preferente a lo público.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tal como ha podido apreciarse en las páginas anteriores, la concreción del derecho a la protección de la salud y su aplicación por parte de la Administración sanitaria plantean problemas muy complejos que exigen ser tratados meticulosamente.

La protección de la salud ha sido configurada por nuestra Constitución como un derecho de carácter prestacional, lo que exige el reconocimiento de unas prestaciones esenciales mínimas que limitarían la libertad de que dispone el legislador para su determinación en cada momento concreto. Aunque la determinación de este núcleo básico y mínimo es altamente dificultosa, ha de hacerse teniendo en cuenta el concreto modelo de Estado social en el que se inserta su reconocimiento, su estrecha relación con los derechos fundamentales, con la igualdad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico y con la dignidad de la persona como valor humano e inviolable que constituye el fundamento de nuestro orden político y de nuestra paz social.

Para la plena efectividad de este derecho y la determinación de este núcleo mínimo, el legislador debería atender también a los parámetros que proporcionan los distintos textos de carácter internacional que ha suscrito el Estado Español y que nos resultan vinculantes. De ellos se derivaría al menos una importante línea roja que no debería ser traspasada: la atención sanitaria pública al inmigrante irregular.

Su expulsión del sistema público constituiría una medida regresiva prohibida expresamente por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los términos antes mencionados.

Por lo demás, tampoco los amplios márgenes de libertad que tiene la Administración sanitaria a la hora de configurar este servicio público son ilimitados. El Derecho Administrativo ofrece importantes elementos para el control de la legalidad del ejercicio de su potestad autoorganizatoria. De este control judicial podemos derivar que el mero argumento del ahorro económico no parece que legitime sin más la adopción de políticas sanitarias de carácter regresivo. Es imprescindible su motivación y, en todo caso, que queden garantizadas las prestaciones médico-sanitarias incluidas en la cartera de prestaciones del Sistema Nacional de Salud. En este sentido, la jurisprudencia parece estar mostrando una especial sensibilidad hacia la protección de la salud como un derecho de “importancia singular” en virtud de su directa relación con algunos derechos fundamentales.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- APARICIO TOVAR, Joaquín, *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Madrid, 1989.
- BALLEST, Jérôme, DUBOIS, Jean-Luc y MAHIEU, François-Régis, “A la recherche du développement socialement durable: concepts fondamentaux et principes de base”, en *Développement Durable et Territoires*, dossier 3, 2004. URL: <http://developpementdurable.revues.org/1165>;
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “El Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2012 (Tribuna).
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “La asistencia sanitaria pública al extranjero no comunitario y, en especial, al que carece de autorización administrativa de residencia legal en España”, en el *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. I, obra colectiva dirigida por Josefa Cantero Martínez

y Alberto Palomar Olmeda, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?”, *Documentación Administrativa*, número 286-287 (enero-agosto de 2010), 2011.

- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “El debate sobre la externalización y el número de funcionarios en nuestras Administraciones Públicas”, capítulo del libro *Crisis económica y Función Pública*, dirigido por FUENTETAJA PASTOR y CANTERO MARTÍNEZ, Tecnos, Madrid, 2012.

- CASCAJO CASTRO, J.L., “La configuración del Estado social en la Constitución española”, en la obra colectiva titulada *Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, coordinada y dirigida por CÁMARA VILLAR y CANO BUESO, editada por Tecnos, Madrid, 1993.

- COBREROS MENDAZONA, Edorta, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1988.

- COBREROS MENDAZONA, Edorta, “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 19, 1987.

- DEL REY GUANTER, Salvador, “El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional”, en *Derechos y Libertades*, nº 6, 1998.

- DOYAL, Len y GOUGH, Ian, *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994.

- FERNÁNDEZ PASTRANA, José María, en *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Civitas, Madrid, 1984.

- GARCÍA COTARELO, Ramón, *Del Estado del bienestar al Estado del malestar. (La crisis del Estado social y el problema de legitimidad)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

- GARRIDO CUENCA, Nuria, “La igualdad y

cohesión del Sistema Nacional de Salud. La protección de la salud en el modelo autonómico”, *Tratado de Derecho Sanitario*, tomo I, dirigido por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 103 y ss.

- GARRIDO CUENCA, Nuria, “La titularidad de los derechos sociales y de ciudadanía en los nuevos Estatutos de Autonomía, y en particular del extranjero”, en *Derechos sociales y Estatutos de autonomía. Denominaciones de origen. Nuevo Estatuto del PDI universitario*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

- GARRIDO CUENCA, Nuria, “El derecho a la protección de la salud en los Estatutos de Autonomía: propuestas para un derecho prestacional universal de nueva generación”, en *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*. Obra colectiva coordinada por Marina GASCÓN ABELLÁN, María del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO y Josefa CANTERO MARTÍNEZ, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

- JIMENA QUESADA, Luis, y TOMÁS MALLÉN, Beatriz, “Hacia un estándar europeo común de igualdad: la contribución del Comité Europeo de Derechos Sociales”, en la *Revista de Derecho Político*, núm. 68, 2007.

- JIMENA QUESADA, L.: *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Sistema de reclamaciones colectivas 1998-2005*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

- LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Los derechos sociales en los estatutos de autonomía”, en *Derechos sociales y Estatutos de Autonomía. Denominaciones de Origen. Nuevo estatuto del PDI universitario*. Actas del IV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Valladolid, 6 y 7 de febrero de 2009, Lex Nova, Valladolid, 2009.

- MENENDEZ REXACH, Ángel, “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas”, en la *Revista Derecho y Salud*, Volumen 11, Número Extraordinario, mayo de 2003.

- MONEREO PÉREZ, José Luis, “La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de des-

mercantilización” en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Julio-Septiembre de 1995.

- OLIVA, Juan, PEIRÓ, Salvador y PUIG-JUNOY, Jaume, “Sistema Nacional de Salud y propuesta de reformas: más allá del ruido y la furia”, en la revista *Derecho y Salud*, vol. 23, número extraordinario del XXII Congreso de la Asociación de Juristas de la Salud, 2013, págs. 6 y 7 (el número puede consultarse en <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud>).

- PALOMAR OLMEDA, Alberto, “El tratamiento constitucional de la salud”, en la obra colectiva coordinada por el mismo autor y titulada *Manual jurídico de la profesión médica*, Dykinson, Madrid, 1998.

- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

- PAREJO ALFONSO, Luciano, “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, nº 153, 2000.

- PARRA VERA, Oscar, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, obra colectiva coordinada por Christian COURTIS, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2006.

- PEDREIRA ANDRADE, Antonio, “Hacia una potenciación del derecho constitucional a la protección de la salud”, en *Actualidad Administrativa*, nº 10, semana 9-15 marzo, 1992.

- PEMÁN GAVÍN, Juan María, «El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el Derecho comparado», en la *Revista de Derecho Administrativo* núm. 179, 2009.

- PEMÁN GAVÍN, Juan María, Prólogo al *Tratado de Derecho Sanitario*, tomo I, dirigido por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.

- PONCE SOLÉ, Juli, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de*

*los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2013.

- PONCE SOLÉ, Juli, “La privatización de la sanidad. El caso de Madrid: entre derecho, política, economía y buena administración”, en la página Web de la *Revista Catalana de Dret Públic*, 2013, <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/10/02/la-privatizacion-de-la-sanidad-el-caso-de-madrid-entre-derecho-politica-economia-y-buena-administracion-%e2%80%93juli-ponce/#more-641>).

- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad social”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 22, 1995.

- REPULLO LABRADOR, José Ramón, “Financiación de la sanidad: distribución y asignación de recursos”, en *Tratado de Derecho Sanitario*, obra colectiva dirigida por CANTERO MARTÍNEZ, Josefa y PALOMAR OLMEDA, Alberto, Aranzadi, 2013.

- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, *Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico*, Documento de trabajo 89/2006, Laboratorio de Alternativas.

- VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2012.



# JURISPRUDENCIA E INFORMES

Sección a cargo de **Vicente Lomas Hernández**

Doctor en Derecho

Jefe de Servicio de Coordinación Regional de Asesorías Jurídicas

Servicio de Salud de Castilla – La Mancha

## **PRESTACIONES SANITARIAS**

### **1. SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA LA MANCHA DE 31 DE JULIO DE 2012, Nº 916/2012, REC. 754/2012. PRESTACIONES SANITARIAS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.**

La paciente sufre tresparesia originada por parálisis cerebral, estando obligada a desplazarse en silla de ruedas desde el año 2001. En el año 2008 solicitó el reintegro de gastos por la adquisición de una silla de ruedas eléctrica, reintegro que le fue concedido previo requerimiento realizado a la interesada para que subsanara la omisión del informe adicional exigido por la Orden de la Consejería de Sanidad. En el año 2009 y 2010 solicitó el reembolso de los gastos por la renovación de la batería eléctrica, lo que le fue igualmente concedido.

En el año 2011 solicita el reintegro de gastos por la adquisición de una nueva silla eléctrica por un importe que asciende a 3.665 euros. En este nuevo expediente administrativo no se aportó por la interesada los requisitos formales exigidos por la Orden de 5 de diciembre de 2007 de la Consejería y por el RD 1030/2006, consistentes en un informe clínico completo justificativo de la prescripción, y el visado de la inspección sanitaria.

La Sala comparte los argumentos empleados por el juzgador de instancia, y desestima el recurso interpuesto por el Sescam ya que:

a) Se debería haber concedido un plazo de 10 días para la subsanación conforme a lo previsto en el artículo 76.2 de la Ley 30/1992.

b) Añadir que la Administración ya tenía, aunque en otro expediente distinto, elementos de juicio suficientes respecto al trámite formal omitido.

En palabras del Tribunal “*Quiero ello decir que, estando efectivamente la Administración sometida al principio de legalidad, no puede derivar de ahí una interpretación puramente formalista y rigurosa, enervante del derecho del ciudadano, y contraria a lo ya antes decidido por la misma*”.

### **2. STSJ C-LM DE 21 DE DICIEMBRE DE 2011, Nº 1431/2011, REC. 1284/2011. TRATAMIENTOS ESTÉTICOS.**

Paciente afectada de hirsutismo que solicita de la sanidad pública autorización del tratamiento consistente en depilación láser. Conforme a lo previsto en el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, quedan excluidos los tratamientos estéticos que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, y en este caso, no concurre ninguna de las tres condiciones esenciales.

Por lo que se refiere a la posible afectación psicológica, y también sobre la base de lo que prevé el citado reglamento, no cabe autorizar dicho tratamiento estético, que por otra parte no figura en la cartera de servicios sanitarios en relación a las enfermedades mentales.

En definitiva, no se cubren las intervenciones orientadas a adecuar la apariencia física del paciente con aquélla que considere más adecuada a ciertos patrones estéticos.

### **3. AUTO DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 8 DE GIJÓN, DE 4 DE MAYO DE 2012. APLICACIÓN DE TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO.**

Interesante Sentencia que analiza la viabilidad jurídica de la figura conocida como “*Tratamiento Ambu-*

*latorio Involuntario*” (en adelante TAI) a enfermos mentales. Se trata de una polémica medida que en su momento se quiso incluir en el proyecto de ley de jurisdicción voluntaria y que, finalmente no prosperó, lo que, al menos según el parecer del juez titular del juzgado nº 8 de primera de instancia de Gijón, no constituye obstáculo alguno para su aplicación práctica y sin que para ello resulte preciso instar modificación legislativa alguna. En efecto, el juez admite que no existe hoy día una regulación específica de una medida como ésta, pero a continuación relativiza la importancia de esta afirmación ya que el Ordenamiento admite otras medidas más gravosas para los derechos del enfermo, como es el internamiento involuntario, pues *“no es menos respetuoso con la libertad, la voluntad y la dignidad de la persona el proceso del TAI, que privar totalmente a una persona de su capacidad o someterla en contra de su voluntad a un internamiento forzoso”*.

Para fundamentar esta afirmación el juez enumera un amplio elenco de disposiciones normativas, tanto de ámbito nacional como internacional, algunas de ellas sin valor normativo, como es el caso de la Declaración de Madrid aprobada por la Asociación Mundial de Psiquiatría.

Entre las disposiciones citadas cabría destacar, entre otras:

- 1.- Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997, cuyo artículo 7 establece expresamente que la persona que sufra un trastorno mental podrá ser sometida a tratamiento de dicho trastorno sin su consentimiento
- 2.- El Libro Verde sobre Salud Mental, que establece que *“el internamiento forzoso en una institución psiquiátrica y el tratamiento no voluntario, atentan gravemente contra los derechos de los pacientes y solo deberán aplicarse como último recurso cuando hayan fallado alternativas menos restrictivas.”*

El juzgador considera que esta medida restrictiva de derechos es más beneficiosa para el paciente que el internamiento involuntario previsto en el artículo 763 de la LEC, y ello por las siguientes razones:

- a) Facilita la adherencia al tratamiento en pacientes con trastorno mental grave o severo susceptibles de la misma según la legislación vigente.
- b) Mejora las condiciones de vida del paciente.

c) Limita al mínimo la libertad y el derecho de decisión del paciente.

d) Mejora las condiciones de vida y seguridad del entorno familiar y de terceras personas.

#### **Requisitos:**

1. Trastorno mental severo y capacidad limitada para entender la información.
2. Efectividad documentada del plan terapéutico
3. Negativa del paciente a seguir el tratamiento
4. Ausencia de criterios de urgencia
5. Riesgo de suicidio/autoagresividad/heteroagresividad documentada y reingresos en unidades de hospitalización psiquiátrica.

#### **Trámites:**

1. Información por el médico al paciente/familia de la propuesta de TAI.
2. El informe, que debe recoger entre otros aspectos la justificación razonada de las condiciones que sustentan la propuesta, debe estar avalado por una Comisión colegiada de profesionales expertos en la materia.
3. El juez oír al paciente, al Ministerio Fiscal, a los familiares, al psiquiatra responsable del tratamiento, y al médico forense.
4. Acordada judicialmente la medida, si el paciente se niega al tratamiento, se le citará hasta en dos ocasiones para que acuda a la consulta, y el clínico, si lo considerase preciso, podría recabar incluso el auxilio de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

#### **Finalización:**

La medida finalizará con el cumplimiento de los objetivos, con el consentimiento del paciente a la adhesión al plan terapéutico, por cambios en las circunstancias sanitarias, o bien por tratarse de una medida no efectiva.

En el caso de autos, se trata de un joven que padece esquizofrenia paranoide, consumidor habitual de cannabis y benzodiazepinas, con un largo historial de ingresos en centros psiquiátricos y frecuentes des-

compensaciones debidas a un irregular seguimiento del tratamiento, y que provocan un alto riesgo de heteroagresividad.

La propuesta de TAI viene suscrita por varios psiquiatras, y el paciente ha mostrado su conformidad a que se le aplique esta modalidad de tratamiento, de modo que éste solo se dará de forma involuntaria cuando no sea posible obtener su consentimiento por parte del personal clínico y usando todos los medios a su alcance.

Asimismo el juez aclara que esta autorización no solo lo es para el tratamiento farmacológico, sino también para que se le haga un programa integral y completo que mejore su conciencia de enfermedad.

Por último el Auto señala que tanto el cese del tratamiento, como el quebrantamiento del mismo, se comunicarán al juzgado, sin perjuicio de que el propio centro sanitario adopte las medidas precisas para que se pueda seguir realizando ese tratamiento ambulatorio, incluso requiriendo el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado (que será excepcional y justificado por los responsables médicos).

#### **4. SENTENCIA DEL TS DE 28 DE MARZO DE 2012, REC. 2362/2011. PRUEBAS DE CRIBADO Y ACTUACIÓN DEL PACIENTE.**

Mujer embarazada con edad gestacional de 13 semanas acude a consulta ginecológica por seguimiento del embarazo. Se la vuelve a citar para nueva consulta la semana siguiente para la realización de las pruebas del cribado combinado del primer trimestre. Dicha cita se demoró por causas ajenas a la paciente. Se facilita una nueva cita un mes más tarde, y en la consulta no consta que se le hiciera el cribado. La no realización del cribado antes de la semana 22 de gestación, dio lugar a que no se hubiera detectado la anomalía cromosómica origen de la demanda judicial.

La Sentencia recurrida en casación minora el importe de la indemnización por la falta de interés mostrada por la paciente en la realización de la prueba diagnóstica – la Sentencia refiere que no consta que la paciente se haya interesado por dichas pruebas- y, en segundo lugar, en que no consta la voluntad de los reclamantes en orden a interrumpir el embarazo a partir de un resultado desfavorable.

Por el contrario, el TS considera que el planteamiento anterior no es correcto ya que lo relevante no es

que la paciente se interese por unas pruebas, sino que la Administración sanitaria las ofrezca en los tiempos y condiciones adecuados. Como señala nuestro alto tribunal “*es la Administración quién debe acreditar que se intentó prestar el servicio y no el paciente quien debe probar su interés en unas pruebas que ni siquiera tiene porqué conocer de su existencia ni de su momento de realización*”.

Sobre el segundo motivo, la Sentencia señala que “*si a la paciente no se le realizan las pruebas del cribado y no se le informa de las malformaciones de su hija, es difícil pensar que pueda manifestar su voluntad interruptiva para el supuesto de que unas pruebas no realizadas, den un resultado negativo*”.

### **CONTRATACIÓN PÚBLICA**

#### **1. RESOLUCIÓN TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA 28/2012 DE 20 DE MARZO DE 2012. EXCLUSIÓN DEL LICITADOR POR INCLUIR ASPECTOS DE SU PROPOSICIÓN TÉCNICA EN EL SOBRE DE DOCUMENTACIÓN GENERAL ACREDITATIVA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVIOS. VULNERACIÓN DEL SECRETO DE LA OFERTA.**

La mesa de contratación acordó la exclusión de una empresa en el procedimiento de adjudicación del contrato, por haber presentado en el sobre número uno (documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos) documentación exigida en el sobre número dos (proposición técnica), en concreto, datos referidos a la propuesta de funcionamiento y coordinación.

Según la Mesa “*la información aportada en los documentos permitía extraer conclusiones en cuanto a disponibilidad, equipos y recursos, plan de trabajo en las distintas fases del desarrollo de la campaña, compromisos a asumir en su ejecución, actuaciones para llevar a cabo con eficacia los servicios, capacidad de respuesta..., extremos todos ellos que forman parte del conjunto de criterios de adjudicación del contrato.*”

El artículo 145.2 del TRLCSP (anteriormente, artículo 129.2 de la Ley de contratos del Sector Público) establece que “*Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter*”

*hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo”.*

Asimismo, el artículo 160.1 del TRLCSP (anteriormente, artículo 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público) establece para el procedimiento abierto que *“El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, - documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos -, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición. Posteriormente procederá a la apertura y examen de las proposiciones (...)”.*

Finalmente, el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al establecer las funciones de la mesa de contratación en el procedimiento abierto, prevé la calificación de la documentación general acreditativa de la capacidad y solvencia como actuación previa a la apertura de las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público.

Si se admitiera en la licitación a aquellas empresas que incumplen la obligación legal de presentar la documentación general del artículo 146 y la proposición en sobres separados, aparte de vulnerarse el principio de secreto de la oferta, se permitiría anticipar el conocimiento de aspectos de la proposición de unos licitadores que no es posible conocer respecto del resto y potencialmente podría beneficiarse al licitador que incumple la norma frente al que acata la misma presentando correctamente en sobres separados la documentación general y la relativa a su oferta, con todo lo que ello supone de infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación consagrado en el artículo 1 del TRLCSP.

Y es que, aún cuando se pudiera argüir que aquel conocimiento anticipado no coloca en posición de ventaja al licitador incumplidor frente al resto al no influir en la valoración de las ofertas, lo cierto e incontestable es que revela datos de la proposición en un momento procedimental en que la oferta debe ser aún secreta para todos y por tanto, también para la mesa de contratación que, además, es el órgano competente para su valoración conforme al artículo 160.1 del TRLCSP.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –informes 43/02 y 20/07- y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales – resoluciones nº 146 y 147, ambas de 2011-. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, con referencia al anterior marco legislativo contractual, señala que *“Ciertamente la norma legal aquí aplicable, art. 79.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, reproducida en los artículos 79.1 y 80.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, impone el carácter secreto de las proposiciones. Se trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias. Por ello cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable (...)”.*

## **2. RESOLUCIÓN 23/2012 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA. LA ACEPTACIÓN DE UNA PROPOSICIÓN NO PREJUZGA LA ADJUDICACIÓN.**

Se interpone recurso especial contra el acuerdo de admisión de la entidad PRÓTESIS HOSPITALARIAS, S.A en el lote 20, correspondientes ambos al contrato de suministro de material específico de oftalmología (Expte. PAAM 11/2011 de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Virgen del Rocío en Sevilla), entre otras cuestiones.

La aceptación de una proposición no decide, directa ni indirectamente, la adjudicación, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, porque el recurrente puede, en todo caso, recurrir la adjudicación. Es decir, la no exclusión del procedimiento no prejuzga respecto del contenido de la adjudicación y además, en caso de resultar adjudicatario el licitador que debiera haber sido excluido, siempre quedará la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación en base a la circunstancia que debió motivar su exclusión.



### **3. SENTENCIA DEL TJUE DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2012. Nº C-182/2011, Nº C-183/2011. DOCTRINA IN HOUSE.**

La cuestión a dilucidar es si cabe invocar la doctrina “*in house*” por parte de dos ayuntamientos que tenían la condición de socios minoritarios en una sociedad creada por otro Ayuntamiento, que era quién tenía en casi su totalidad la participación sobre aquélla.

Para que resulte aplicable dicha doctrina, en el caso en que haya varias administraciones públicas que tengan la condición de socio minoritario de una sociedad por acciones de capital totalmente público, y quedar dispensadas de la obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación de contratos públicos *“han de ejercer conjuntamente sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, lo que se considerará cumplido solo si cada una de las administraciones intervinientes participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión”*.

Así pues, el control que se ejerce sobre la sociedad no puede basarse exclusivamente en el poder de control de la administración pública que tenga una participación mayoritaria en el capital de la entidad.

## **PROFESIONES SANITARIAS**

### **1. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 18 DE ENERO DE 2012, REC. 327/2010. COMPETENCIAS MÉDICOS Y ENFERMERÍA.**

La pugna profesional entre médicos y enfermeros/as vuelve nuevamente a plantearse con ocasión de la aprobación de la Orden de 17 de junio de 2010 por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Enfermería Familiar y Comunitaria.

A juicio del Colegio Oficial de Médicos se incurre en desviación de poder ya que, bajo el subterfugio de la regulación de la formación especializada, se han introducido competencias que no son propias de los diplomados en enfermería.

En cambio el TS no aprecia vulneración alguna de las previsiones de la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, pues como ya sucediera en casos similares- impugnaciones de la Orden por la que se aprueba el programa formativo de la especialidad de enfermería del trabajo o la Orden por la que se aprueba el programa formativo de la especialidad de

Enfermería Geriátrica,- lo que se prevé es que pase a formar parte del contenido formativo de cada especialidad enfermera, la competencia para realizar técnicas diagnósticas y terapéuticas, o usar e indicar el uso de fármacos. Tal competencia no equivale a atribución profesional sino a conocimientos que, así hay que entenderlo, se actuarán en el ámbito de las atribuciones profesionales”.

No obstante la Audiencia Nacional reconoce que pueden haber riesgos de solapamientos entre ambas profesiones a tenor de lo previsto en los artículos 7.2.a) (enfermeros) y 6.2.a) (médicos), pero esa es otra cuestión ajena por completo al objeto de la Orden impugnada, que recordemos, no delimita ámbitos competenciales.

En cualquier caso, y teniendo en cuenta precisamente las competencias que, por Ley –art. 7.2.a) de la LOPS-tienen reconocidas la enfermería, a saber, dirigir y evaluar cuidados de enfermería, *“no es extravagante respecto de tal cometido que tengan una formación que les permita la dirección y evaluación dentro de lo que son cuidados de enfermería”*.

### **2. STS DE 29 DE OCTUBRE DE 2012. Nº DE REC. 1540/2010. MIR Y PSIQUIATRÍA.**

Paciente con graves trastornos psíquicos (trastorno bipolar) y con antecedentes de autolisis acude por derivación del centro de salud mental al servicio de urgencias del Hospital Universitario de La Princesa, donde es atendido por un MIR de psiquiatría de 4º año.

El psiquiatra, tras entrevistarse con la paciente y la familia, decide esperar a la semana siguiente para acordar el internamiento de la enferma ya que habría camas libres en la unidad de hospitalización, y había considerado que se trataba de un ingreso preferente pero no urgente.

Seis horas después de ser dada de alta en el citado Servicio de Urgencias, la paciente se precipitó desde su domicilio, situado en una tercera planta, al patio de su casa con el resultado de múltiples lesiones que le han provocado una gran invalidez.

La parte recurrente fundamenta su pretensión anulatória, entre otros argumentos, en la falta de supervisión directa de la actuación del MIR de guardia por parte de la Unidad de Hospitalización del Hospital.

El TS considera desestima el motivo ya que no hay duda alguna a tenor de los informes aportados que el médico adjunto o que la Unidad de Hospitalización no hubieran adoptado una decisión distinta, a lo que añade que *“el residente debe conocer sus limitaciones y el progreso de su formación y, actuar de acuerdo con las funciones que tiene encomendadas bajo la supervisión de su tutor; sin que tener que llegar por ello a medidas de prevención defensivas no justificadas ante los indicios que se presentan”*.

### 3. STC 3/2013. COLEGIACIÓN DE PROFESIONALES SANITARIOS EMPLEADOS PÚBLICOS.

La reciente **STC de 17 de Enero de 2013** reviste una gran trascendencia a estos efectos. El inciso de la Ley andaluza de colegios profesionales objeto de impugnación **exime de la colegiación forzosa a los empleados públicos que realizan actividades propias de una profesión colegiada por cuenta de las Administraciones públicas andaluzas, cuando sus destinatarios son ciudadanos o terceros**. Así pues el TC se pronuncia sobre la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía para eximir de la colegiación a los funcionarios, personal estatutario y laboral que realiza su actividad profesional al servicio exclusivo de la Administración y siempre que dicha actividad vaya destinada a terceros, usuarios del servicio público.

De acuerdo con el texto de la Sentencia, el inciso impugnado, al eximir de la colegiación obligatoria a los empleados públicos, cuando ejercen la profesión por cuenta de la Administración, establece una excepción no contemplada en la Ley estatal de Colegios Profesionales.

La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ha adoptado a este respecto una postura intermedia, tal y como se infiere de la redacción del art. 8 de la **Ley 10/1999, de 26 de mayo**, de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha, que establece que *“Los profesionales titulados vinculados con las Administraciones Públicas en Castilla-La Mancha mediante relación de servicios de carácter administrativo o laboral, no precisarán estar colegiados para el ejercicio de funciones puramente administrativas, ni para la realización de actividades propias de la correspondiente profesión por cuenta de aquellas, cuando el destinatario inmediato de las mismas sea exclusivamente la Administración. Sí será obligatoria, en consecuencia, la colegiación cuando los destina-*

*rios inmediatos del acto profesional sean los ciudadanos o el personal al servicio de la Administración.*

Dicho precepto legal podría verse afectado a la luz de la reciente STC pues como recoge la citada resolución judicial **“al eximir de la colegiación obligatoria a los empleados públicos, cuando ejercen la profesión por cuenta de la Administración, establece una excepción no contemplada en la Ley estatal de Colegios Profesionales, tal y como se razonó en el FJ 6 de esta resolución. Siendo competente el Estado para establecer la colegiación obligatoria, lo es también para establecer las excepciones que afectan a los empleados públicos a la vista de los concretos intereses generales que puedan verse afectados, motivo por el cual debemos declarar que el inciso impugnado ha vulnerado las competencias estatales, y por tanto, su inconstitucionalidad.**

El propio Tribunal Constitucional había confirmado la legalidad de la excepción a la colegiación obligatoria de los funcionarios poniendo el acento en el dato de que sea la Administración la destinataria inmediata de sus servicios. Siendo así, *“la exigencia de colegiación obligatoria no se presenta como un instrumento necesario para la ordenación de la actividad profesional de estos funcionarios para garantizar su correcto funcionamiento y los intereses de quienes son los destinatarios de los servicios prestados por ellos”* (STC 6/2005, de 17 de enero), doctrina de la que se han hecho eco a su vez los Tribunales ordinarios de Justicia, como ha sido el caso del **TSJ de la CAM que en Sentencia de 27 de enero de 2000** establece que el contenido del artículo 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales permite entender que el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia, de forma que *la colegiación obligatoria cobra sentido cuando se ejerzan las profesiones en régimen de libre competencia, lo que no sucede cuando se desarrolla la actividad de forma exclusiva por cuenta de la Administración*. En tal caso –interpreta el Tribunal– la actividad a desarrollar no se encuentra dentro de lo previsto en el artículo 36 de la Constitución, sino en el artículo 103 de nuestra Carta Magna.

Las consecuencias de esta Sentencia ya se están haciendo notar. Recientemente el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Sevilla, ha dictado Sentencia nº 55/2013, de 31 de enero de 2013, en la que se enjuiciaba la pretensión de la recurrente, enfermera empleada pública, que solicitaba formalmente la baja en su colegio profesional por no ser un requisito esencial para el desempeño de sus funcio-

nes estar colegiada, todo ello conforme a lo previsto en la Ley de Colegios Profesionales de Andalucía. Sin embargo el juez desestima el recurso a la vista de la reciente STC de 17 de enero de 2013 que ha declarado inconstitucional las excepciones al requisito de la colegiación obligatoria de los empleados públicos prevista en la legislación autonómica por tratarse de una competencia estatal.

## **RESPONSABILIDAD SANITARIA**

### **1. SENTENCIA DEL TS DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2012, REC. 1467/2011. RESPONSABILIDAD SANITARIA Y VACUNACIÓN.**

No queda acreditada la relación de causalidad entre la aplicación de una niño de cuatro años de edad de la vacuna contra la varicela (Varilix) y la cerebelitis que posteriormente desarrolló el menor, sin que se pueda considerar que la actuación del médico resulte contraria a la *lex artis* por el hecho de que la propia vacuna advierta que no debe suministrarse de forma rutinaria a menores de trece años, ya que también es verdad que las indicaciones que acompañan a la vacuna señala que ésta pueda administrarse a niños con edades comprendidas entre 1 y 12 años si tienen riesgo de sufrir complicaciones severas en caso de sufrir la enfermedad. En este caso en concreto, el niño tenía antecedentes de “*dermatitis atópica*”, y por tanto la actuación del médico ha de considerarse ajustada a la *lex artis*.

Sobre el consentimiento informado, el Supremo rescata la distinción entre medicina satisfactiva y medicina curativa, para, a continuación, suavizar en este caso el alcance del consentimiento informado por entender que la administración de la vacuna contra la varicela es un acto de medicina curativa- no satisfactiva- y por tanto el consentimiento no tiene que alcanzar a riesgos no típicos- tanto por su frecuencia como por el hecho de no ser específicos del tratamiento aplicado-, como es el caso de la cerebelitis postvacunal.

### **2. SENTENCIA DEL TS DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2012, REC. 6693/2010. DAÑO IMPREVISIBLE**

Parto vaginal en el que se hace preciso el uso del fórceps. El bebé se le diagnostica infarto cerebral, sin que se pueda apreciar la existencia de nexo causal

entre el uso de este instrumento médico y la lesión neurológica del bebé a la luz de los numerosos informes periciales, y sin que tampoco queda estimar la pretensión de la familia por la vía de la aplicación de la teoría del daño desproporcionado, ya que el mismo entra dentro de una esfera posible que se ha de evitar (en relación con el sufrimiento fetal) pero que no es posible en todos los casos. En palabras del TS “*la ciencia médica no tiene respuestas, aún, para todas las patologías, porque ocurren y cuál es su causa*”.

### **3. STS DE 2 DE OCTUBRE DE 2012, REC 3925/2011. RESPONSABILIDAD Y FALTA DE INFORMACIÓN.**

Paciente con cifosis congénita que se somete a intervención quirúrgica para su corrección. La intervención se desarrolla conforme a la *lex artis* si bien el enfermo quedó parapárético. No consta en la historia clínica el documento del consentimiento informado firmado por el paciente.

Este es el motivo por el que se acuerda el derecho al percibo de indemnización, el daño moral por la falta de información ya que “la información ofrecida al paciente no está documentada, por lo que debemos considerar que la información, de forma entendible y concreta respecto de las específicas secuelas que podría acarrear la operación, no se constata que se halla ofrecido”.

La indemnización queda cuantificada en 300.000 euros, teniendo en cuenta la entidad del daño y la edad del paciente (19 años).

### **4. SENTENCIA DEL TSJ DE MURCIA DE 2 DE MARZO DE 2012, Nª 156/2012, REC. 208/2008. LA FIRMA DEL DOCUMENTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO NO IMPLICA QUE DEBA REALIZARLE LA INTERVENCIÓN SOLICITADA NI QUE SE DEBA PRESUMIR SIN MÁS POR EL PACIENTE SU REALIZACIÓN.**

La actora ingresa en el Hospital, embarazada de gemelos, para dar a luz. Se le informa que hay que practicar una cesárea de urgencia para garantizar el bienestar fetal de uno de ellos, y en ese momento se le informa también de la posibilidad de practicarle una ligadura de trompas firmando el correspondiente documento de consentimiento informado.

Una vez en planta, oye como los facultativos se dirigen a sus familiares a los que comunican la realización de las dos intervenciones, la cesárea y la ligadura de trompas. A los 6 meses acude a una revisión ginecológica y le confirman que se encuentra embarazada de nuevo y que se tendrá que volver a someter a una cesárea electiva ya que aún no han transcurrido los dos años desde la cesárea anterior. Respecto de este segundo embarazo no deseado opta por la IVE.

Solicita copia de su historia clínica y comprueba que no se llegó a realizar la intervención de ligadura de trompas.

Se plantean dos cuestiones:

- a) La falta de respecto a la decisión de la mujer de que se lleve a efecto la ligadura de trompas.
- b) La omisión del deber de informarle de que se había pospuesto la intervención en cuestión.

Respecto de la posible conculcación de la capacidad de decisión de la mujer, la Sala considera que nada de esto se ha producido, ya que el consentimiento informado no tiene más valor que el de remover los obstáculos para que se pueda realizar válidamente las actuaciones sanitarias de que se trate, pero teniendo presente que no se trata de una orden impartida por el paciente al médico, sino que éste puede apreciar todas las circunstancias que justifiquen finalmente la no realización de la intervención. O lo que es lo mismo, *“la prestación del consentimiento no impide la posibilidad de una decisión fundada de los médicos de no realizar la intervención en cuestión”*.

Sobre el segundo asunto, la Sala prosigue con este mismo argumento y considera que el solo hecho de haber prestado el consentimiento y no haber sido revocado por la paciente no significa que la intervención haya de realizarse en todo caso, sino que ha de entenderse como *“una petición de asistencia sanitaria cuya realización está sujeta a las eventualidades que posteriormente puedan aparecer”*.

Según consta en la HC, los facultativos la informaron verbalmente de este hecho, lo que niega la actora. En todo caso al finalizar su estancia en el hospital se le hizo entrega del informe de alta en el que tan solo constaba la intervención de la cesárea, pero no la realización de la ligadura de trompas, de modo que si llegó a creer que se trataba de un error debería haberse dirigido a la persona competente para pedir explicaciones al respecto.

## **FARMACIA Y PRODUCTOS SANITARIOS**

### **1. STJUE DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2012. MEDICAMENTO Y PRODUCTO SANITARIO.**

Dos empresas compiten en el mercado alemán por la comercialización de colutorios bucales. Uno de los competidores alega que la otra empresa lo que realmente comercializa es un medicamento ya que ejerce acción farmacológica, y por ende, debiera tener la correspondiente autorización administrativa.

La batalla se plantea sobre qué significado cabe atribuir a la expresión *“acción farmacológica”* prevista en la Directiva 2004/27, y que es esencial para la calificación de una sustancia como medicamento en lugar de cosmético.

Para el TJUE, para considerar que una sustancia ejerce una acción farmacológica en el sentido de la Directiva 2004/27, no es necesario que se produzca una interacción entre las moléculas que la componen y un componente celular del cuerpo del usuario, ya que es suficiente una interacción entre dicha sustancia y un componente celular cualquiera presente en el cuerpo humano.

### **2. STS DE 4 DE DICIEMBRE DE 2012, N° REC 5733/2011. MEDICAMENTOS DE USO HOSPITALARIO**

El Director de Farmacia del Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco aprueba una Resolución por la que autoriza la adquisición directa de medicamentos de uso hospitalario a centros sanitarios no hospitalarios que carecen de servicios farmacéuticos, y que sin embargo tienen la necesidad de utilizar medicamentos de dispensación bajo prescripción médica restringida.

La Administración vasca considera que el artículo 2.5 de la LGURM presta cobertura para que se pueda efectuar dicha autorización. Por el contrario, el TSJ del País Vasco subraya que la aplicación del mencionado precepto legal está supeditada a que se dicte el correspondiente desarrollo reglamentario, sin que se pueda considerar como tal las previsiones recogidas en el art. 24 del RD 1345/2007.

Este mismo criterio es compartido por el TS al afirmar que el citado precepto legal, sin ese complemento reglamentario, no puede ser por sí sola la norma jurídica que habilite para el ejercicio de una serie de

competencias que, por otra parte, exceden del marco competencial del País Vasco, cuyas competencias son de “ejecución” de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos.

### **3. STJUE DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2012. N° C-219/2011. MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS.**

La controversia suscitada gira sobre el alcance de la expresión “*producto sanitario*” a raíz de una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Alemania, en el marco de un litigio entre las empresas Brain Products y BioSemi. En concreto se discute si la comercialización por BioSemi de un sistema denominado “ActiveTwo” que permite registrar la actividad cerebral humana, merece o no la calificación de producto sanitario. Esta empresa considera que su producto no está destinado a una finalidad médica, y que por ello no puede ser calificado como producto sanitario.

La Directiva 93/42/CEE, considera “*productos sanitarios*” aquellos productos destinados por el fabricante a ser utilizados en seres humanos con ciertos fines. Entre estos se encuentran el diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad; así como los fines de investigación.

En cuanto a los programas informáticos, la Directiva 2007/47/CE los incluyó en la definición de productos sanitarios siempre que se destinen a finalidades específicas de diagnóstico y/o terapia. A juicio del TJUE, los programas informáticos sólo deben considerarse productos sanitarios si su finalidad, definida por su fabricante, es específicamente médica.

## **INTIMIDAD Y DATOS PERSONALES**

### **1. TSJ DE CASTILLA LA MANCHA DE 10 DE DICIEMBRE DE 2012. N° Rec 123/11. LA JUNTA DE PERSONAL NO TIENE DERECHO A CONOCER EL LISTADO DE PROFESIONALES CON PEONADAS.**

Se interpone recurso de apelación contra la Sentencia de instancia que reconoce el derecho de la Junta de Personal del Área de Salud de Cuenca, como órgano de representación a recibir el listado nominal y mensual de los profesionales que participan en el citado hospital en programas de auto-concertación.

La Sentencia advierte que a diferencia de la previsión contenida en el artículo 9 de la Ley 9/1987, donde se concretaba la previsión del artículo 23 de la Ley 30/1984, el artículo 40 del EBEP no contempla la facultad anteriormente reconocida a las Juntas de Personal de tener conocimiento y ser oídos sobre las cantidades que percibe cada funcionario en concepto de complemento de productividad, sin que quepa argüir la vigencia provisional del citado artículo 23 por oponerse al artículo 40 del EBEP.

Desde el punto de vista de la legislación de protección de datos personales no cabe aceptar la cesión solicitada pues:

a) No existe base legal que ampare la cesión de este tipo de datos individualizados relativos a las retribuciones percibidas por los profesionales que intervienen en este tipo de programas.

b) La pretensión de obtener el listado nominal y mensual de los profesionales que participan en la autoconcertación incumple lo previsto en el citado artículo 4 de la LOPD por no respetar el principio de proporcionalidad al tratarse de una cesión excesiva para los fines pretendidos por la Junta de Personal.

### **2. STS DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2012, REC. 1796/2010. DATOS SANITARIOS EN TABLÓN DE ANUNCIOS CENTRO DE SALUD.**

En el centro de salud de Santoña se acuerda colocar en un panel informativo público de dicho centro sanitario un documento sobre dispensación de metadona en el que se contiene las modificaciones en las pautas de tratamiento de cinco pacientes, indicando como identificación de cada paciente el nombre y primer apellido, así como el primer apellido del doctor al que se encuentra asignado, y sin conste el consentimiento de los interesados.

El documento estuvo expuesto durante una semana en una zona por donde solo transitan trabajadores del centro y en ningún caso pacientes. Este hecho unido a que la finalidad de dicha exposición fue exclusivamente terapéutica, sirven de argumento a la defensa de la Administración para justificar semejante proceder. En efecto, parece que la finalidad que justificó que se diera a conocer esta lista de pacientes en el tablón de anuncios del centro de salud fue vencer la renuencia de ciertos facultativos a suministrar metadona.

Sin embargo la Sala no considera de aplicación la previsión del art. 7.6 de la LOPD que excepciona del requisito del consentimiento el tratamiento de datos de salud siempre que sea necesario para la prestación de atención sanitaria, porque *“es evidente que la dirección del centro disponía de medios menos intrusivos en la intimidad de los pacientes para obligar a los facultativos renuentes a cumplir con las instrucciones emitidas sobre el suministro de metadona. Tal habría sido, sin duda, una llamada al orden a cada uno de esos facultativos, o llegado el caso, la adopción de medidas disciplinarias”*.

Por lo que respecta al hecho de que este listado tan solo estuviese expuesto en una zona del centro por donde solo transitan los trabajadores, la Sala no comparte el argumento de la Administración de considerar que no ha existido divulgación alguna de información ya que el personal del centro, que está sujeto al deber de secreto, no merece la consideración a estos efectos de “tercero”.

Este razonamiento es calificado por el TSJ pues el conocimiento de información que por su naturaleza es reservada debe quedar limitado a aquellas personas que dentro de la organización la necesitan para el correcto desarrollo de su misión.- Sostener otra cosa llevaría a defraudar el sentido de la norma, ya que dar por bueno el conocimiento de datos especialmente protegidos por parte de todas las personas al servicio de una organización equivale a renunciar al secreto”.

### **3. RESOLUCIÓN DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. RESOLUCIÓN 03100/2012. HISTORIAS CLÍNICAS ABANDONADAS EN LA PLAYA.**

En septiembre de 2011 aparecen abandonados en la playa de Navia documentos con datos de pacientes hospitalizados en el Hospital de Jarrío. El alcalde de Navia informó al Director Médico del hospital del hallazgo y algún medio de comunicación se puso en contacto con ellos para preguntar por los hechos.

El equipo directivo presentó una denuncia en la Guardia Civil. Tras una serie de gestiones, una auxiliar de enfermería asume que ha sido ella quién ha extraído los documentos del Servicio de Farmacia, los ha sacado del hospital y se los ha llevado tanto a su domicilio como a la playa.

Los hechos declarados probados son constitutivos de dos infracciones: artículos 9 y 10 de la LOPD.

1. Infracción del art. 9 de la LOPD, por cuanto se deduce que el Servicio de Salud en su calidad de responsable del tratamiento de los datos de salud contenidos en las historias clínicas de sus pacientes, debió adoptar las medidas necesarias para impedir cualquier acceso a la información de carácter personal que contenía dicha documentación.

La AEPD no toma en consideración la alegación realizada por la Administración de que no puede ser responsable administrativo de los actos ilegales que cometen sus trabajadores, ya que la LOPD es muy clara a este respecto al atribuir la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros.

2. Por lo que respecta la vulneración del art. 10 de la LOPD, ese deber de secreto comporta que el Servicio de Salud del Principado de Asturias, Hospital de Jarrío, es responsable de las historias clínicas de los pacientes tratados en él, y no puede revelar ni dar a conocer su contenido a terceros salvo con consentimiento expreso de los afectados.

## **RECURSOS HUMANOS**

### **1. SENTENCIA DEL TS DE 9 DE JULIO DE 2012. SERVICIOS MÍNIMOS Y SEGUIMIENTO DE LA HUELGA.**

La Delegación del Gobierno de la Comunidad Valenciana, acordó los servicios mínimos que debían prestar los distintos organismos de la AGE en la Comunidad Valenciana, incluyendo entre tales servicios, el relativo al seguimiento de la huelga, pese a que dicha actividad no figura incluida en el listado contemplado en el artículo 4 del Real Decreto 1479/88, de 9 de diciembre, sobre mantenimiento de servicios esenciales en situaciones de huelga en la Administración del Estado.

Llegados a este punto hay que destacar la trascendental importancia que reviste la expresión “servicio esencial”, noción que como ha señalado el TC en reiteradas ocasiones, se conecta con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes.

En este sentido lo que resulta preciso es determinar si el seguimiento de la huelga resulta o no incardinable en el concepto de “servicio esencial”, y la respuesta

debe ser negativa, ya que se trata de una actividad tendente única y exclusivamente a constatar el grado de incidencia de la huelga en cuestión, pero que no guarda relación directa con los servicios públicos de interés general para la comunidad.

El TS en otra Sentencia de esta misma fecha, ha recordado en orden a la calificación como servicio esencial de un servicio complementario que se presta en el centro de trabajo afectado por la huelga, que si el centro en cuestión no presta servicio esencial alguno, difícilmente puede calificarse de esencial un servicio complementario.

En este caso se trataba de un centro de natación, y el servicio complementario que se quería incluir como esencial y de asistencia sanitaria era el servicio de socorristas.

**2. STS DE 3 DE ABRIL DE 2013, REC 1954/2012. SSTSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 2 DE ABRIL DE 2012, y 13 DE MARZO DE 2012. PARTICIPACIÓN DE PERSONAL ESTATUTARIO FIJO DE OTRA COMUNIDAD AUTÓNOMA EN PROCESO SELECTIVO.**

¿Es posible que excluir de un proceso selectivo para una determinada categoría y especialidad a quién ya tiene la condición de personal estatutario fijo en esa misma categoría y especialidad pero en otro Servicio de Salud?

A juicio de la Sala, la exclusión tan solo sería factible si concurre una perfecta identidad entre la condición que ostenta el aspirante excluido y el Cuerpo, Escala, Categoría profesional o especialidad a la que se refiera la convocatoria, así como del concreto Servicio de Salud. A sensu contrario, no podrá excluirse a quién tenga la condición de estatutario fijo pero en especialidad distinta de la contemplada en la convocatoria, como tampoco a quién siendo estatutario fijo y ostentando incluso la misma especialidad lo sea de otro servicio autonómico de salud.

El Supremo ha estimado conforme a Derecho la resolución de la Dirección General de Recursos Humanos de la Gerencia Regional de Salud castellano-leonesa que excluyó de una convocatoria para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de matronas a aquellos litigantes que ya ostentaran dicha condición y prestaran servicio en otras CC.AA, según informó el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla y León.

En su fallo, la Sección Séptima de la Sala Tercera del Alto Tribunal da la razón así a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, que recurrió la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, con sede en Valladolid, que en 2012 atendió el recurso a Susana Arranz Pérez contra la resolución por la que fue excluida en el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de matronas, según convocatoria realizada por Orden SAN 947/2008.

Aunque el TJSCyL anuló dicha orden por ser disconforme con el ordenamiento jurídico y reconocía el derecho de la litigante a participar en el concurso, aun cuando ésta contara con la condición de personal fijo estatutario en el servicio de otra comunidad autónoma, el Supremo avala ahora la legalidad de la decisión de la Junta de Castilla y León.

En su fundamentación, el Alto Tribunal advierte de que “en buena lógica jurídica, no parece que deba permitirse presentar al proceso selectivo a quien ya ostenta esa condición por haber accedido a la misma con anterioridad, pues parece claro que quien ya pertenece a un determinado cuerpo, escala, categoría profesional o especialidad de un determinado servicio autonómico de Salud, ningún interés podrá tener ya en acceder a una condición que ya ostenta; esto es, la simple participación, e incluso superación, de un determinado proceso selectivo ninguna utilidad relevante desde el punto de vista jurídico le va a reportar al aspirante”.

**El Acuerdo Sindicatos-Insalud de 18 de octubre de 2000** (que se ha aplicado por los Tribunales a cualquier proceso selectivo, tanto fijo como de temporales) ya establecía en la Norma General 3 del Anexo 1 que “*no podrá participar en la bolsa de trabajo quién ostente plaza en propiedad en activo o en excedencia en la misma categoría en el Insalud o en los Servicios de Salud del SNS*”.

En similares términos se ha pronunciado el TSJ de Madrid en Sentencia de 20 de marzo de 2013, nº 398/2013, si bien en este caso con apoyo de la STC de 27/10/2008 en la que se declaró la constitucionalidad de las bases de la convocatoria para el acceso a plazas de FEA del Insalud, y en las que se recogía que los aspirantes no pueden ostentar nombramiento en propiedad de la misma categoría y especialidad dentro del SNS.

### 3. SENTENCIA DEL JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 1 DE OVIEDO, DE 11 DE JULIO DE 2012.

La Gerencia del SESPAS decide mediante una Resolución regular de forma provisional el procedimiento para la provisión de puestos de jefaturas asistenciales, decantándose abiertamente por el procedimiento de libre designación.

El sindicato demandante cuestiona tanto la forma como el fondo de la mencionada Resolución, criterio que es compartido por el juzgador para quién la Resolución es contraria a Derecho por entrar a regular cuestiones propias de una disposición administrativa de carácter general, y además, en cuanto al fondo, por separarse del criterio recogido en el RD-Ley 1/99, de modo que no se puede admitir que estemos ante una mera instrucción o circular que se haya limitado a efectuar una mera adaptación de dicha norma para los órganos inferiores.

Sobre esta cuestión, téngase en cuenta la **STS DE 21 DE MAYO DE 2012**. El TS vuelve a recordar la necesidad de que exista una motivación específica, una justificación concreta de las razones por las que, a partir de los cometidos propios del puesto de trabajo, se dan los requisitos legalmente establecidos para su provisión por el sistema de libre designación.

En esta misma línea se pronuncia meses más tarde el TSJ de Asturias en Sentencia de 24 de julio del mismo año al señalar en relación con el empleo por la Administración de este sistema de provisión que no es suficiente que en la memoria o informe de justificación se exprese que el puesto de trabajo es de confianza o de especial dificultad, sino que es preciso que se exprese que las concretas funciones que se realizan impliquen estas características, y en segundo lugar, que no es suficiente una justificación genérica, sino específica de cada puesto de trabajo.

## DOCUMENTOS DE INTERÉS

### 1. CONTRATACIÓN PÚBLICA.

#### A) INSTRUCCIONES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012 SOBRE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA GESTIÓN DE LAS CONTRATACIONES DE SERVICIOS Y ENCOMIENDAS DE GESTIÓN A FIN DE EVITAR INCURRIR EN SUPUESTOS DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES.

La DA Primera del RD-Ley 20/2012 establece que:

*“Los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el art. 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre EDL 2011/252769, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. A tal fin lo citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral”.*

En cumplimiento de esta previsión y para el ámbito del sector público estatal, el TC ha aprobado estas Instrucciones que deben integrarse en el sistema general de gestión de cada Administración Pública del referido sector público y en relación con los contratos de servicios y encomiendas de gestión.

Como principios de actuación cabe destacar:

- a) No contratar servicios externos para suplir la carencia de medios personales cuando se trate de hacer frente a necesidades permanentes de personal relacionadas con el ejercicio de competencias que tengan atribuidas la entidad u órgano de que se trate.
- b) Los responsables de la gestión de los servicios para cuya ejecución se recurre a la contratación externa deberán respetar el poder de dirección que corresponde al empresario, absteniéndose de asumir funciones directivas
- c) Los pliegos determinarán con precisión las prestaciones a realizar que deberán estar perfectamente deslindadas de la actividad desarrollada por la entidad contratante a través de su propio personal.



En concreto, el T. De Cuentas señala que en la redacción de los Pliegos han de tenerse en cuenta las siguientes cuestiones:

1.- No pueden ser objeto de este tipo de contratos la realización de funciones o servicios que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las funciones públicas.

2.- Consignar en los Pliegos la obligación de la empresa adjudicataria de designar un coordinador técnico o responsable, perteneciente a la plantilla del contratista, que será el interlocutor con el que se relacionará únicamente la entidad contratante, y que será el único que podrá impartir órdenes e instrucciones al resto de los trabajadores.

3.- En los pliegos se debe garantizar que la empresa adjudicataria dispone de una organización propia y estable.

4.- Dejar constancia del compromiso de la empresa contratista de ejercer de modo real, efectivo y periódico el poder de dirección inherente a todo empresario.

5.- No se admitirán en los pliegos cláusulas de subrogación empresarial en las que se asuman compromisos sobre los empleados del adjudicatario, ni aquéllas en virtud de las cuales el órgano de contratación tenga algún tipo de intervención en la selección del personal que la empresa contratista vaya a asignar a la ejecución de los servicios.

6.- No se identificará en el contrato el nombre de los trabajadores que la empresa utilizará para cumplir el contrato.

7.- En el caso en que se ceda equipamiento o material por razón de una mayor eficacia se hará constar esta circunstancia tanto en el pliego como en el contrato.

Otras Recomendaciones de interés:

a) Para la determinación del presupuesto del contrato se evitará siempre que sea posible la utilización del criterio unidades de tiempo, como pueda ser el nº de horas o jornadas de trabajo por cada categoría profesional.

b) La prestación de servicios tendrá lugar en dependencias o instalaciones propias del empresario contratista, y sólo con carácter excepcional

en los centros dependientes del órgano de contratación, en cuyo caso habrá que obtener la previa autorización, dejar constancia de las razones que lo justifican y recomendar que en tal caso, el personal de la empresa utilice distintivos que lo identifiquen.

c) En el caso de prestación de servicios continuada en los centros de trabajo del órgano de contratación, el responsable de la Administración, con carácter previo al inicio de la prestación, deberá comprobar la afiliación y alta en la S.S. de los trabajadores, así como dotarles de espacios de trabajo diferenciados.

d) En relación con la fase de ejecución, el T. de Cuentas enumera una relación de servicios a los que no podrá tener acceso el personal de la empresa contratista (cursos de formación, reconocimientos médicos periódicos, acceso al correo electrónico corporativo...)

e) La exigencia de responsabilidad disciplinaria al personal al servicio de la Administración que con su actuación haya causado perjuicio grave a la Administración.

### **B) RECOMENDACIÓN DE 1 DE MARZO DE 2012 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. BOE DE 10 DE ABRIL DE 2012.**

La interposición del recurso especial comporta la suspensión automática de la adjudicación cuando sea éste el acto recurrido.

En el caso de Comunidades Autónomas que no disponen de un órgano independiente, o no hayan suscrito convenio con el TACRC, si los particulares interponen el recurso ante el órgano de contratación, su interposición comporta la suspensión de la adjudicación, y una vez resuelto el recurso la resolución del mismo no será ejecutiva hasta que sea firme por el transcurso del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo, o bien en el caso de interposición, hasta que el órgano decida sobre la suspensión solicitada.

Suspendida la eficacia y hasta que no se levante, no podrán ejecutarse los actos subsiguientes a la adjudicación.

**C) INFORME 6/2012, DE 7 DE MARZO, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD DE ARAGÓN.**

El Acuerdo Marco sobre servicio de limpieza en los centros de la Administración Pública de la Comunidad de Aragón, establece que en el caso en que no se reciban ofertas de las empresas por no estar éstas interesadas en su prestación, la Administración podrá concertar el servicio de forma obligatoria con las empresas a los precios unitarios máximos, y se establecerá un turno de oficio por lote entre las empresas homologadas para cubrir dichos servicios.

En dicha Comunidad, el Gobierno ha reducido hasta en un 75% las horas de limpieza diarias, lo que ha provocado que las empresas homologadas no presenten ofertas al tener que subrogarse como empleadoras de los trabajadores adscritos al servicio de limpieza.

Las cuestiones suscitadas son dos:

- a) Si en un nuevo contrato derivado del Acuerdo Marco y con menos horas de limpieza resulta de aplicación la mencionada cláusula de subrogación de personal recogida en el Acuerdo marco.
- b) Si las empresas invitadas a la licitación- todas las del Acuerdo marco- quedan vinculadas en ausencia de ofertas, a la aplicación de la cláusula que prevé un turno rotatorio para el caso en que de desierto un contrato derivado.

Respecto a la primera cuestión, la Junta Consultiva considera, sobre la base de la STJUE de 2011, Asunto C-463/09 ya comentada en ocasiones anteriores y publicada en el boletín de derecho sanitario y bioética- viene a decir que para que opere la subrogación de personal es preciso que la entidad económica en cuestión mantenga su identidad tras el cambio de titular-, que no se puede entender que se haya mantenido la identidad ya que se ha producido una importante reducción del objeto de la prestación, y por tanto, no resultaría exigible la obligación de subrogación aún cuando sí esté prevista en el Convenio Colectivo.

Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones suscitadas, la Junta entiende que la obligación que asumieron las empresas licitadoras en el Acuerdo Marco lo fue en el contexto propio de licitación de dicho Acuerdo, pero no en el contexto actual marcado por una alteración de las circunstancias de dicho Acuerdo que suponen una notable reducción del objeto.

**D) INFORME 15/2012, DE 19 DE SEPTIEMBRE DE LA JCCA DE ARAGÓN. CONFIDENCIALIDAD Y TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Las tensiones entre el carácter confidencial de la información aportada por los licitadores y, por otra parte, el derecho de acceso de los interesados a los documentos incorporados al expediente, se ponen de manifiesto en el presente informe.

La Junta considera que en estos conflictos hay que realizar una ponderación, la confidencialidad no puede abarcar la totalidad de la información aportada por el licitador, ni la transparencia suponer el reconocimiento de un derecho de acceso ilimitado a los documentos incorporados al expediente.

En primer término, la Junta considera que el carácter secreto de las proposiciones se desvanece tras el momento de la licitación pública, pero:

- a) ¿En qué momento se va a poder ejercer el derecho de acceso?
- b) ¿Por parte de quién?
- c) ¿Qué extensión tendrá ese derecho de acceso?
- d) ¿Cómo se articula el procedimiento para facilitar el acceso?

Respecto a la primera interrogante, la respuesta sería a partir del momento en que se tenga por finalizado el procedimiento -aplicación supletoria de la Ley 30/1992 y art. 37 del mencionado texto legal-, lo que se produce cuando se notifica la adjudicación, sin perjuicio de que para otros participantes pueda anticiparse ese momento, como sucedería en el caso de licitadores respecto de actos de trámite cualificados que les impidan continuar en el procedimiento.

En cuanto a quién, pues no solo a los que hayan participado en la licitación, sino a todas las personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos, pudiendo acceder no solo a la documentación aportada por el adjudicatario, sino también a la aportada por el resto de los licitadores.

Los interesados que lo deseen deberán solicitar el acceso anticipadamente y concretar los documentos que desean consultar. Se podrán tomar notas pero no se entregará copia de lo presentado, y en todo caso, la Administración debe separar toda aquella información que fuese confidencial. Pero, ¿quién determina qué información de la oferta es o no confidencial?

Los pliegos y por supuesto, también el licitador aunque éste no podrá considerar como tal todos los documentos que haya aportado ya que de lo contrario se impediría a los licitadores ejercer su legítimo derecho de acceso.

## **2. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.**

### **A) INFORME JURÍDICO DE LA AEPD 0256/2012. EL COPAGO TRAS LA REFORMA SANITARIA Y LA LOPD.**

La Agencia se pronuncia sobre las consultas planteadas en relación a:

1.- La posibilidad de que, por parte de la Administración tributaria, se facilite a la Administración Sanitaria información referente al nivel de rentas de los pacientes, por cuanto dicho nivel determina el porcentaje de contribución de cada uno de ellos al gasto farmacéutico.

2.- La repercusión que pueda tener desde el punto de vista de la LOPD el hecho de que el código referente al nivel de contribución de cada asegurado sea conocido por distintas personas intervinientes en el proceso asistencial.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones planteadas, estamos ante un supuesto de cesión de datos amparada por el RD-Ley 16/2012, que modifica entre otras la vigente LGURM, y en concreto en los artículos 94 bis y 94 ter de la citada disposición legal.

Este último prevé un doble flujo de información, de modo que sería el propio INSS/ISM quién recibiría la información necesaria para la determinación del nivel de aportación exigible a cada interesado y, posteriormente, pondría en conocimiento de la Administración Sanitaria competente, a través del Ministerio, cuál ha de ser ese efectivo nivel de aportación.

En la posterior cesión de datos a las Administraciones Sanitarias no se podrá incluir el dato relativo a la cuantía de las rentas del usuario, de modo que no se pueda conocer el lugar en el que se encuentra el interesado dentro de la escala correspondiente (menos de 18.000 euros, entre 18.000 y 100.000 euros o más de 100.000 euros).

De este modo si lo único relevante para la Administración sanitaria es conocer en cuál de los tres niveles ha de integrarse el usuario, la cesión amparada por la Ley quedará limitada al conocimiento del mencionado nivel de renta.

Sobre la segunda de las cuestiones planteadas, el hecho de que la información sea accesible por quienes intervengan en el proceso asistencial y en la prestación farmacéutica, la Agencia señala que el RD 1718/2010, no prevé la inclusión de este tipo de datos en las recetas, sino que se limita a incluir hasta siete códigos dependiendo del nivel de renta. En todo caso la Agencia nos recuerda la importancia que tiene el principio de finalidad (art. 4.2) y el deber de secreto que asumen conforme al art. 10 quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos de carácter personal”.

### **B) INFORME JURÍDICO DE LA AEPD 084069/2012, DE 24 DE ABRIL DE 2012. ACCESO SINDICAL A DATOS PERSONALES DE LA BOLSA DE TRABAJO TEMPORAL DEL SESCAM**

Informe emitido por la AEPD a raíz de la consulta formulada por la Directora General de RRHH del Sescam sobre la procedencia de hacer entrega a los representantes sindicales presentes en la Comisión Regional de Contratación, de los datos de carácter personal de las personas incluidas en la base de datos informática “bolsas sanitarias”.

La fundamentación de la respuesta afirmativa de la AEPD a la consulta realizada descansa en el propio Pacto de selección de personal temporal de Instituciones Sanitarias del Sescam, al establecer que para la aprobación definitiva de los méritos los representantes sindicales presentes en dicha comisión podrán acceder a todos aquéllos datos de carácter personal de los trabajadores estatutarios temporales que resulten necesarios para determinar si la autobaremación efectuada por los aspirantes es o no correcta.

No obstante advierte que el acceso a la información disponible en la base de datos de la bolsa de trabajo se debe llevar a cabo mediante la asignación de claves de acceso teniendo en cuenta la medida de seguridad recogida en el artículo 93 del Reglamento de la LOPD.

### 3. SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

#### A) POSICIONAMIENTO DE LA AJS ANTE EL REAL DECRETO LEY 16/2012.

La Asociación de Juristas de la Salud a través de su Presidenta, Josefa Cantero, analiza algunos de los aspectos más controvertidos de la reforma sanitaria llevada a cabo en mayo de este año.

Así, por lo que respecta a la idoneidad del instrumento normativo elegido para llevar a cabo dicha reforma, y a la luz de la doctrina del TC sobre los requisitos que justifican su aprobación por el Gobierno conforma e lo previsto en el art. 86 de la CE, existen dudas razonables sobre lo acertado de abordar esta reforma vía RD-ley. En este sentido, por ejemplo, se advierte la escasa o nula conexión entre la situación definida por la norma como presupuesto habilitante para su aprobación y las medidas adoptadas, como sucede con la exclusión del colectivo de los inmigrantes irregulares, la regulación de las áreas de capacitación específica o la creación de los registros de personal estatutario, así como la falta del requisito de imprevisibilidad para justificar la aprobación de un RD-Ley, cuando el mismo confiesa que pretende dar respuesta a problemas y situaciones estructurales y no coyunturales.

Por lo que respecta a las medidas adoptadas en orden a acotar el ámbito subjetivo del derecho a la protección de la salud, cabría plantearse cuáles son los límites del legislador ordinario en la configuración del contenido de este derecho, sobre todo si tenemos presente que España es uno de los Estados firmantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, cuyo artículo 12 consagra el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y a su vez, la Observación general nº 14 respecto del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su párrafo 48 prohíbe la adopción de cualesquiera medidas regresivas respecto de la salud.

Desde el punto de vista competencial, son también muchas las interrogantes que levanta la reforma sanitaria pues la STC 98/2004 ya dejó claro que esta es una materia que forma parte del título competencial relativo a la sanidad y no a la Seguridad Social.

#### B) DICTAMEN 623/2012 DEL CONSEJO DE ESTADO DE 21 DE JUNIO DE 2012 EN RELACIÓN CON LA LEY 5/2012, DE 20 DE MARZO, DE MEDIDAS FISCALES, FINANCIERAS Y ADMINISTRATIVAS, Y DE CREACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LAS ESTANCIAS EN ESTABLECIMIENTOS TURÍSTICOS.

Los artículos de la citada ley que se consideran inconstitucionales son el artículo 16, el 41 y el 94.1. El artículo 41 es el que establece la tasa sobre los actos preparatorios y los servicios accesorios de mejora de la información inherentes al proceso para la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios.

El Consejo de Estado, a partir de la doctrina fijada por el TC en su sentencia 98/2004, concluye que las Comunidades Autónomas no pueden incidir, ni directa ni indirectamente, en la fijación de los precios de los medicamentos que son objeto de financiación pública, por ser ésta una cuestión que forma parte de la competencia exclusiva estatal consagrada en el artículo 149.1.16 de la CE. Por este motivo las CCAA no pueden establecer gravámenes cuya exacción comporte un incremento del coste que los ciudadanos han de abonar para obtener un determinado medicamento.

Precisamente el hecho de que esta tasa puede comportar que ciudadanos a los que se les prescriba un medicamento en dicho ámbito territorial se vean obligados a pagar por receta un euro más que los restantes usuarios del SNS, supone también una invasión de la competencia estatal prevista en el artículo 149.1.1 de la CE, que es precisamente uno de los títulos competenciales en que se funda la ley estatal 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del SNS.

En efecto, la desigualdad vendría provocada por la exigencia de una tasa al obligar a los ciudadanos que adquieran medicamentos en Cataluña a realizar un desembolso mayor del que deben afrontar en otras partes del territorio nacional, lo que incrementa el coste final que para tales ciudadanos supone la dispensación de medicamentos y productos sanitarios.

#### C) AUTO DEL TC DE 13 DE DICIEMBRE DE 2012. LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DEL DECRETO VASCO.

El Tc se pronuncia sobre si procede o no levantar la suspensión de la vigencia de determinados preceptos

del Decreto vasco 114/2012 por vulnerar el marco legislativo estatal, y en concreto por:

- a) Modificar la condición de beneficiario de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, ya que se amplía el ámbito subjetivo del derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública y gratuita.
- b) Modificar el régimen de copago farmacéutico al repercutir directamente la financiación de la prestación farmacéutica ambulatoria del SNS en la Comunidad Autónoma de Euskadi.
- c) Facultar al titular de la Consejería de Sanidad para modificar libremente el modelo de receta médica y órdenes de enfermería.

La Abogacía del Estado se escuda en dos argumentos para justificar el mantenimiento de la suspensión:

- a) El desplazamiento de la legislación básica estatal en la Comunidad Autónoma Vasca.

El TC desestima el argumento empleado por el Abogado del Estado de considerar que el levantamiento de la suspensión provocaría un bloqueo de la competencia estatal que se vería desplazada ya que la normativa autonómica se limita a ampliar las previsiones básicas estatales, y además este argumento afecta directamente al fondo del asunto sobre el que deberá pronunciarse la Sentencia que se dicte.

- b) El argumento de la falta de seguridad jurídica.

El TC no considera que se pueda producir situaciones de inseguridad jurídica, ya que el mantenimiento de la suspensión implicará la aplicación directa de la legislación básica estatal, y a la inversa, en el caso de levantamiento de la suspensión, éste supondrá la aplicación automática de la legislación autonómica.

Por lo que refiere al mantenimiento o levantamiento de la suspensión respecto de cada uno de los tres grandes bloques materiales que se ven afectados, cabe señalar:

- 1.- Respecto del acceso a las prestaciones sanitarias por parte de personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria, el Gobierno vasco apela a los perjuicios que puede suponer para la salud de la población, tanto en su dimensión individual como colectiva, el man-

tenimiento de la suspensión. Por el contrario el Abogado del Estado alude a los perjuicios económicos que se derivan del levantamiento de esta medida cautelar.

La pugna entre los intereses económicos invocados por el Estado – y no cuantificados- y el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de los ciudadanos se resuelve a favor de éstos derechos que, como señala el TC *“poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”*.

## 2.- Régimen del copago farmacéutico.

El Gobierno vasco entiende que el mantenimiento de la suspensión de los preceptos impugnados afectaría negativamente a la adherencia al tratamiento, y tendría un impacto económico negativo sobre los pensionistas.

En cambio, el Estado considera que se pueden ver afectados los esfuerzos realizados para la contención del gasto farmacéutico, y por ende, el objetivo del control del déficit.

El carácter hipotético, eventual y no concretado de los perjuicios a los que se refiere la Comunidad Autónoma vasca resultan determinantes para que el TC decida mantener la suspensión del artículo 8 que prevé cuáles son las condiciones económicas a las que se ha de ajustar la aportación de las personas usuarias en relación con la prestación farmacéutica.

El resto de los preceptos reglamentarios que entran a regular a nivel autonómico el copago farmacéutico no se ven afectados, y en concreto el artículo 7 que extiende el acceso a la prestación farmacéutica a favor de aquéllos colectivos a los que el decreto vasco amplía la prestación sanitaria gratuita, que también podrán reclamar en el País Vasco el reembolso por los medicamentos adquiridos fuera de la Comunidad Autónoma vasca y en las mismas condiciones que lo pueden hacer los asegurados/beneficiarios del Sistema Nacional de Salud. Ahora bien, las condiciones económicas de acceso por parte de estos colectivos a la prestación farmacéutica ambulatoria tendrá que acomodarse a las previsiones contenidas a la legislación básica estatal mientras se mantenga la suspensión del artículo 8 del Decreto impugnado.

#### 4. MEDICAMENTOS.

##### **A) DECLARACIÓN CGCOM SOBRE PRESCRIPCIÓN BASADA EN EQUIVALENTES TERAPÉUTICOS.**

El Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España se posiciona en relación con la proliferación de diversas medidas dirigidas a la contención del gasto farmacéutico y que tienen una incidencia muy directa sobre la libertad de prescripción médica.

De una parte, la OMC destaca el importante papel de los protocolos como herramientas destinadas a facilitar la prescripción facultativa y favorecer un uso racional de los medicamentos. Sin embargo la OMC se muestra más crítica con la utilización por parte de los Servicios de Salud de determinados medicamentos clasificados en un mismo grupo terapéutico o que comparten una misma indicación terapéutica, como alternativas terapéuticas equivalentes sin que para ello se haya contado con la participación de la Agencia Española del Medicamento –AEMP–, y sin que en algunos casos existan ensayos clínicos que avalen, desde el punto de vista técnico, la adopción de semejantes decisiones.

##### **B) AUTO DEL TC DE 12 DE DICIEMBRE DE 2012 N° DE REGISTRO DE 4539-2012.**

El TC se pronuncia sobre la procedencia de levantar o no la suspensión de la vigencia del Decreto andaluz 3/2011, que introduce un sistema de convocatorias públicas en las que podrán participar todos los laboratorios farmacéuticos interesados para seleccionar, de entre los medicamentos comercializados que tengan un precio autorizado igual o inferior al precio menor correspondiente establecido en el SNS, aquél que deberá ser dispensado por las oficinas de farmacia cuando se les presente una receta médica u orden de dispensación en las que el medicamento se identifique exclusivamente por la denominación oficial de sus principios activos.

Los argumentos empleados por el Abogado del Estado giran en torno a las ventajas que represente desde el punto de vista del ahorro la implantación en el todo el territorio nacional del modelo estatal, muy superior al andaluz, que a su vez, distorsiona el funcionamiento del SNS pues el sistema estatal se basa en el aprovechamiento de las economías de escala de un mercado como es el estatal.

Asimismo destaca que el modelo andaluz tan solo tiene como beneficiario de las medidas cuestionadas a la Administración Sanitaria, no al ciudadano, que se verá seriamente perjudicado ya que no podrá disponer de todos los medicamentos financiados por el SNS, y además, se dificultará gravemente el tránsito de pacientes entre los diversos sistemas autonómicos de salud.

Desde el punto de vista de la industria farmacéutica, el Abogado del Estado considera que la aplicación del decreto andaluz incide gravemente en el mercado farmacéutico ya que fomenta la creación de monopolios de oferta regionales.

Ninguno de los alegatos realizados por el Abogado del Estado prospera, en unos casos porque el TC considera que algunos de los argumentos anteriores – el mayor ahorro que supone el modelo estatal y la distorsión que comporta la aplicación del decreto andaluz– se apoyan en un documento del que no existe constancia de su carácter oficial, así como la fecha ni la firma. En el resto de los casos, el TC señala que el hecho de que esta medida tenga como destinatario a la Administración resulta totalmente congruente con el objetivo perseguido, a saber que los intereses particulares de los laboratorios no pueden prevalecer en modo alguno sobre los generales de reducción del gasto farmacéutico, y desde el punto de vista de los ciudadanos recuerda que el modelo estatal con su preferencia por la prescripción por principio activo y la introducción del precio como criterio en la dispensación y sustitución de medicamentos, tampoco garantiza el derecho a la dispensación de una determinada presentación comercial.

#### 5. BIOÉTICA.

##### **A) CIRCULAR 1/2012, DE 3 DE OCTUBRE DE 2012, DE LA FISCALÍA GENERAL DE ESTADO SOBRE EL “TRATAMIENTO SUSTANTIVO Y PROCESAL DE LOS CONFLICTOS ANTE TRANSFUSIONES DE SANGRE Y OTRAS INTERVENCIONES MÉDICAS SOBRE MENORES DE EDAD EN CASO DE RIESGO GRAVE”.**

Documento esencial para cualquier profesional sanitario, y en particular para aquéllos que de forma habitual desempeñan sus funciones en los servicios de urgencias.

La circular establece que los miembros de la Congregación Cristiana de los Testigos de Jehová no podrán oponerse a que sus hijos menores de edad reciban transfusiones de sangre en situaciones de urgencia en las que peligre su vida, ya que en estos casos el médico podrá aplicar directamente el tratamiento sin necesidad de acudir ante el juez, ya que debe prevalecer el interés superior del menor frente a otras consideraciones.

Los menores de 16 años que, a juicio del facultativo, no estén en condiciones de comprender el alcance de la intervención, carecerán de capacidad para prestar el consentimiento informado. Además, y como regla general, por debajo de 12 años, se entenderá que el menor carece de la madurez mínima exigible.

Por lo que se refiere a la figura del menor maduro, los supuestos enumerados en la circular son:

1. El “menor maduro” se niega a una transfusión de sangre u otra intervención con grave riesgo para su vida, pero sus representantes legales son favorables. En ese caso, el Médico puede llevar a cabo la intervención sin necesidad de acudir al Juez. Si la situación no es de urgencia, es aconsejable acudir al Juez de guardia, directamente o a través del Fiscal.

2. El “menor maduro” rechaza la transfusión y sus representantes legales también. En este caso, el Médico debe plantar el conflicto ante el Juez de Guardia directamente o a través del fiscal, pero si la situación es de urgencia puede llevar a cabo la intervención sin autorización judicial amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

3. El “menor maduro” presta su consentimiento y sus representantes se oponen. El Médico puede aplicar el tratamiento sin intervención judicial, dada la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro.

4. Los representantes del “menor no maduro” no consienten la intervención, generando grave riesgo para su vida o salud. El Médico debe plantear el conflicto ante el Juez de guardia, directamente o a través del Fiscal, pero en situaciones urgentes, el Médico puede directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación.

## **B) ANÁLISIS ÉTICO ANTE LA RETIRADA DE ASISTENCIA SANITARIA A INMIGRANTES SIN PERMISO DE RESIDENCIA. DOCUMENTO ELABORADO POR EL GRUPO DE TRABAJO DE BIOÉTICA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MEDICINA DE FAMILIA Y COMUNITARIA.**

La semFYC se plantea en este documento la moralidad de la medida legítimamente adoptada por el Gobierno, y si son correctos los criterios utilizados para imponer esta limitación. La respuesta a esta interrogante es no, aplicando al efecto la regla de la oportunidad justa de Rawls, que expresa que “*a nadie se le debería negar beneficios sociales sobre la base de condiciones desventajosas no merecidas*”, considerando como tales aquellas distribuidas por la lotería de la vida social o biológica.

Así mismo critica la limitación de la cobertura sanitaria a la atención sanitaria de urgencia, pues lo que hace la norma es una remisión a un concepto subjetivo muy difícil de delimitar para pacientes y profesionales, de modo que, en última instancia, el carácter urgente quedará al arbitrio del médico

Como alternativa, la sociedad científica propone ampliar la atención sanitaria a una “*atención sanitaria completa*” que comprenda la atención primaria, asistencia preventiva, medidas de salud pública, asistencia de urgencia, servicios especiales para los discapacitados y acceso a la medicación básica.

Por otra parte critica la extensión de esta medida a los inmigrantes irregulares que ya están empadronados con anterioridad a la entrada en vigor del RD\_Ley, lo que puede constituir un supuesto de aplicación retroactiva de disposiciones normativas restrictivas de derechos individuales.

A continuación, el grupo de trabajo analiza la medida desde el prisma de:

### a) La ética profesional.

Es evidente que esta medida atenta contra los principios éticos de beneficencia, justicia y no maleficencia.

### b) La ética cívica.

Ahonda en la relevancia de la objeción de conciencia como posible alternativa que tiene el profesional al que ahora, en contra de lo que dice el

código deontológico, se le fuerza a privar a su paciente de la necesaria continuidad asistencial

c) La ética institucional.

La semFYC asume el compromiso de intentar influir en el Gobierno, y si éste no se atiene a razones, apoyar la objeción de conciencia de todos aquellos que así lo decidan.

**C) ESCRITO DE QUEJA DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE MÉDICOS DE ESPAÑA DIRIGIDA AL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. NOVIEMBRE DE 2012.**

La joven menor de edad Belén Langdon, víctima del trágico suceso que se produjo hace algo más de un mes en el “*Madrid Arena*”, había manifestado su voluntad de donar sus órganos, decisión ésta que, conforme al artículo 10 del RD 2070/99, de 30 de diciembre, fue refrendada por sus familiares. A partir de ese momento se iniciaron todos los preparativos, tanto clínicos como legales, para la extracción de los órganos. Sin embargo, cuando ya se había emitido el informe favorable por parte del médico forense del Instituto Anatómico Forense de Madrid para que se procediera a los trasplantes de hígado y riñones, e incluso se había preparado el hígado para ser implantado al receptor, el juez de guardia negó su autorización para “*no interferir ni frustrar la averiguación de lo acontecido ni poner en riesgo eventuales prácticas de prueba que en el futuro pudieran solicitarse*”.

El Presidente de la OMC manifiesta su total discrepancia con la decisión adoptada por el juez ya que:

a) No había duda alguna sobre el aplastamiento sufrido por la joven, al igual que en los otros tres casos en los que, sin embargo, se llegó incluso a incinerar los cuerpos.

b) Existía abundante documentación y conclusiones clínicas tras los cuatro días que estuvo hospitalizada.

c) Cabía la posibilidad en todo momento de extraer material biológico del cuerpo de la joven si fuera preciso.

**D) ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA. RECOMENDACIONES SOBRE TOMA DE DECISIONES Y CUIDADOS AL FINAL DE LA VIDA EN NEONATOLOGÍA. GRUPO DE TRABAJO DE ÉTICA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE NEONATOLOGÍA.**

El artículo pone de manifiesto la importancia que revisten los cuidados paliativos en los enfermos neonatales y los retos éticos que plantea la limitación del esfuerzo terapéutico ante este tipo de enfermos, básicamente dos:

a) La limitación del tratamiento como posible causa de muerte del paciente.

b) Si no iniciar o retirar un tratamiento de soporte vital son o no actos diferentes desde un punto de vista ético.

Se considera que son pacientes susceptibles de limitación del esfuerzo terapéutico los niños nacidos en el límite de viabilidad (edad gestacional inferior a las 24 semanas), aquéllos que presentan anomalías congénitas incompatibles con la vida, o los niños que pueden llegar a sobrevivir con dependencia permanente de soporte vital invasivo.

Desde el punto de vista jurídico, se considera que estamos ante una práctica ajustada a la *lex artis*, y por ende exenta de responsabilidad jurídica, cuando el tratamiento no va a ser eficaz, y en el caso de tratarse de medidas de soporte vital cuando lo que se pretenda con ellas es aplazar la muerte o prolongar la agonía de una vida en situaciones límite.

Respecto a la forma que debe revestir el consentimiento informado, el artículo se hace eco de la discrepancia doctrinal existente al respecto, y así mientras que el Observatorio de Bioética y Derecho en su documento “*limitación del esfuerzo terapéutico en las unidades de neonatología*” del año 2009, recomienda la forma escrita, el Comité de Ética de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos lo desaconseja.

Otros aspectos que se abordan en este documento son cómo gestionar los posibles conflictos surgidos a raíz del desacuerdo entre los padres y los profesionales, la importancia que reviste el concepto de calidad de vida en el proceso de toma de decisiones ante este tipo de pacientes, o cómo deben actuar los profesionales cuando tras la retirada del tratamiento el niño no fallece.



# LEGISLACIÓN

*Sección a cargo de **Lola González García**  
Secretaría General. Servicio de Salud de Castilla – La Mancha*

## LEGISLACIÓN ESTATAL

- Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva. B.O.E. núm.148, de 21 de junio de 2013.
- Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. B.O.E. núm.155, de 29 de junio de 2013.
- Ley 10/2013, de 24 de julio, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. B.O.E. núm. 177, de 25 de julio de 2013.
- Real Decreto 576/2013, de 26 de julio. Establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3-8-2012 (RCL 2012\1123), por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. B.O.E. núm.179 de 27 de julio de 2013.
- Real Decreto 578/2013, de 26 de julio. Establecen medidas de acción positiva aplicables a las personas con discapacidad que participen en las convocatorias anuales de pruebas selectivas para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada, en desarrollo del artículo 22.3 de la Ley 44/2003, de 21-11-2003 (RCL 2003\2724), de ordenación de las profesiones sanitarias. B.O.E. núm.179 de 27 de julio de 2013.
- Real Decreto 686/2013, de 16 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente. B.O.E. núm.223 de 17 de septiembre de 2013.
- Real Decreto 702/2013, de 20 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual. B.O.E. núm.238 de 4 de octubre de 2013.
- Real Decreto 782/2013, de 11 de octubre, sobre distribución de medicamentos de uso humano. BOE 251/2013, de 19 octubre.
- Orden SSI/577/2013, de 5 de abril, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Oncología Médica y los criterios de evaluación de los especialistas en formación. B.O.E. núm. 89, de 13 de abril de 2013.
- Orden PRE/861/2013, de 9 de mayo, por la que se establecen los requisitos de acreditación de las unidades docentes multiprofesionales para la formación de especialistas en enfermería familiar y comunitaria y en medicina familiar y comunitaria. B.O.E. núm. 119, de 18 de mayo de 2013.
- Orden ECD/1070/2013, de 12 de junio, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales de Máster en Psicología General Sanitaria que habilite para el ejercicio de la profesión titulada y regulada de Psicólogo General Sanitario. B.O.E. núm. 142 de 14 de junio de 2013.

- Orden ECC/1404/2013, de 28 de junio, por la que se modifica el anexo del Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica. B.O.E. num 177 de 25 de julio de 2013.
- Orden PRE/1435/2013, de 23 de julio, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de transporte sanitario por carretera. B.O.E. núm. 180 de 28 de julio de 2013.
- Orden ESS/1451/2013, de 29 de julio, por la que se establecen disposiciones para la prevención de lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector sanitario y hospitalario. B.O.E. núm.182 de 31 de julio de 2013.
- Orden SSI/1833/2013, de 2 de octubre, por la que se crea y regula el Consejo de la Red Española de Agencias de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Prestaciones del Sistema Nacional de Salud. B.O.E. núm.244, de 11 de octubre de 2013.
- Orden PRE/1952/2013, de 17 de octubre, por la que se crea el Instituto Mixto de Investigación Escuela Nacional de Sanidad. B.O.E. núm.255, de 24 de octubre de 2013.
- Proposición de Ley Orgánica 122/000102 de modificación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Presentada por el Grupo Parlamentario Mixto. B.O.C.G 06 de mayo de 2013.
- Resolución de 22 de marzo de 2013, del Instituto de Salud Carlos III, por la que se establecen los precios públicos por la prestación de servicios y actividades del organismo. B.O.E. núm. 82, de 05 de abril de 2013.
- Resolución de 3 de junio de 2013, de la Secretaría General de Universidades, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 31 de mayo de 2013, por el que se establecen las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudio conducentes a la obtención del título oficial de Máster en Psicología General Sanitaria que habilite para el ejercicio de la profesión sanitaria titulada y regulada de Psicólogo General Sanitario. B.O.E. núm.133 de 4 de junio de 2013.
- Resolución de 19 de julio de 2013, del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, sobre revisión de precios a aplicar por los centros sanitarios del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria en Ceuta y Melilla, por las asistencias prestadas en los supuestos cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago o a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, así como por los servicios prestados por el Centro Nacional de Dosimetría y por la reproducción de documentos de la biblioteca de la entidad gestora. B.O.E. núm.180 de 29 de julio de 2013.
- Resolución de 24 de julio de 2013 por la que se publica el Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre el calendario común de vacunación infantil. B.O.E. núm.187 de 06 de agosto de 2013.
- Resolución de 25 de julio de 2013, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia sobre criterios comunes, recomendaciones y condiciones mínimas de los planes de atención integral a menores de tres años en situación de dependencia o en riesgo de desarrollarla y evaluación anual correspondiente al ejercicio 2012 de los resultados de aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia. B.O.E. núm.184 de 02 de agosto de 2013.
- Resolución de 30 de agosto de 2013, de la Dirección General de Política Universitaria, por la que se convoca la prueba objetiva correspondiente al acceso al título de Enfermero Especialista en Enfermería Geriátrica. B.O.E. núm.213 de 05 de septiembre de 2013.
- Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se procede a modificar las condiciones de financiación de medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud mediante la asignación de aportación del usuario. B.O.E. núm.225 de 19 de septiembre de 2013.

## LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

### ANDALUCÍA

- Decreto 94/2013, de 11 de septiembre, por el que se regula el régimen de distancias aplicable en Materia de Planificación Farmacéutica. B.O.J.A. núm. 183, de 18 septiembre de 2013.
- Decreto 94/2013, de 11 de septiembre. Regula el régimen de distancias aplicable en Materia de Planificación Farmacéutica. B.O.J.A. núm. 183, de 18 de septiembre de 2013.
- Decreto 140/2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud. B.O.J.A. núm. 193, de 02 de octubre de 2013.
- Resolución de 3 de octubre 2013, Determina la composición y funcionamiento del Comité Asesor en Patología del Crecimiento y utilización terapéutica de Hormona de Crecimiento. B.O.J.A. núm. 204, de 16 de octubre de 2013.

### ARAGÓN

- Decreto 96/2013, de 28 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se regula el Comité de Bioética de Aragón y los Comités de Ética Asistencial de la Comunidad Autónoma de Aragón. B.O.A. núm. 105, de 31 de mayo de 2013.
- Decreto 140/2013, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se crea el fichero de datos de carácter personal «Registro de Enfermedades Raras de la Comunidad Autónoma de Aragón». B.O.A. núm. 181, de 13 de septiembre de 2013.
- Decreto 146/2013, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se determina la autoridad competente para autorizar la constitución y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica en la Comunidad Autónoma de Aragón, y se crea el Biobanco del Sistema de Salud de Aragón. BOA 13/09/2013.
- Decreto-Ley 2/2013, de 5 de septiembre, del Gobierno de Aragón, de medidas administrativas urgentes para facilitar la ejecución del Plan Impulso 2013 para el crecimiento económico y la protección social. B.O.A. núm. 170, de 6 septiembre de 2013.

- Orden de 1 de abril de 2013, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, por la que se crea el repositorio de datos sanitarios para la Investigación en el Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud. B.O.A. núm. 88, de 08 de mayo de 2013.
- Orden de 2 de mayo de 2013, del Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Familia, por la que se da publicidad al acuerdo de 30 de abril de 2013, del Gobierno de Aragón, por el que se otorga la aprobación expresa y formal, ratificándolo, al acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad, de fecha 9 de abril de 2013, sobre jornada de trabajo de personal que presta servicios en los Centros Sanitarios del Servicio Aragonés de Salud. B.O.A. núm. 85, de 3 de mayo de 2013.
- Orden de 2 de mayo de 2013, del Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Familia, por la que se da publicidad al Acuerdo de 30 de abril de 2013, del Gobierno de Aragón, por el que se otorga la aprobación expresa y formal, ratificándolo, al Acuerdo de la Mesa Sectorial de sanidad de fecha 9 de abril de 2013 por el que se adaptan las ayudas de estudio del personal estatutario a la nueva regulación de estudios universitarios recogida en la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, de Universidades y su normativa de desarrollo (Plan Bolonia). B.O.A. núm. 85, de 03 de mayo de 2013.
- Orden de 2 de mayo de 2013, del Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Familia, por la que se da publicidad al Acuerdo de 30 de abril de 2013, del Gobierno de Aragón, por el que se otorga la aprobación expresa y formal, ratificándolo, al Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de fecha 9 de abril de 2013, por el que se aprueba el Plan de ordenación de los recursos humanos del Servicio Aragonés de Salud en materia de jubilación y prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal de sus instituciones y centros sanitarios. B.O.A. núm. 85, de 03 de mayo de 2013.
- Orden de 29 de julio de 2013, de los Consejeros de Hacienda y Administración Pública, y de Sanidad, Bienestar Social y Familia, por la que se crean los precios públicos por la prestación de servicios o realización de actividades propias de la Entidad Pública Aragonesa del Banco de Sangre y Tejidos. B.O.A. núm. 169, de 28 de agosto de 2013.

- Orden de 7 de agosto de 2013, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, mediante la que se publica el acuerdo del Gobierno de Aragón, de 30 de julio de 2013, por el que se regulan los puestos de trabajo de médico y enfermero de Atención Continuada en Atención Primaria. B.O.A. núm. 169, de 28 de agosto de 2013.
- Orden de 19 de septiembre 2013. Autoriza la encomienda de gestión de un Programa de cribado de detección precoz del cáncer colorrectal al Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud. B.O.A. núm. 206, de 17 de octubre de 2013.
- Resolución de 2 de mayo de 2013, de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud, por la que se regula el procedimiento para la prolongación de la permanencia en el servicio activo al cumplir la edad ordinaria de jubilación forzosa. B.O.A. núm. 85, de 3 de mayo de 2013.
- Pacto de 19 de julio de 2013, de la Mesa Sectorial de Sanidad, por el que se modifica la excepción por cuidado de hijos y familiares prevista en el pacto de 7 de julio de 2006, de la Mesa Sectorial de Sanidad, en materia de permisos, vacaciones y otras medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal estatutario del Servicio Aragonés de Salud. B.O.A. núm. 169, de 28 de agosto de 2013.
- Resolución de 23 de septiembre de 2013 de la Comunidad Autónoma de Aragón, de la Directora Gerente del Servicio Aragonés de Salud, por la que se modifica la Resolución de 16 de enero de 2013, del Director Gerente del Servicio Aragonés de Salud, sobre procedimiento para el reintegro de las aportaciones de los pensionistas titulares y beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria del Sistema Nacional de Salud que excedan de los límites máximos establecidos en la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. B.O.A. de 15 de octubre de 2013.
- Decreto 47/2013, 26 de junio, por el que se regula el proceso de adaptación a los nuevos requisitos de formación del personal de transporte sanitario en el ámbito territorial del Principado de Asturias. B.O.P.A. núm. 148, de 27 de junio de 2013.
- Decreto 72/2013, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de jornada, horario, vacaciones y permisos de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias, sus organismos y entes públicos. B.O.P.A. 217, de 18 septiembre de 2013.
- Resolución de 7 de junio de 2013, de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por la que se regula la composición y régimen de funcionamiento de la Comisión de Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios. B.O.P.A. núm. 145, de 24 de junio de 2013.
- Resolución de 21 de octubre de 2013, de la Consejería de Sanidad, por la que se aprueba el nuevo calendario oficial de vacunaciones en el Principado de Asturias. B.O.P.A. núm. 256, de 5 de noviembre de 2013.
- Resolución de 6 de noviembre de 2013, de la Consejería de Sanidad, sobre el cómputo de la jornada complementaria del personal en formación especializada y de los módulos de atención continuada por exención de guardias médicas. B.O.P.A. núm. 264, de 14 de noviembre de 2013.
- Instrucciones de 25 de junio de 2013, de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias sobre interpretación y aplicación al personal de los centros e instituciones sanitarias del SESPA, de determinados aspectos del régimen de vacaciones, permisos y ausencias. B.O.P.A. núm. 151, de 1 de julio de 2013.
- Acuerdo de 8 de abril de 2013, del Consejo de Administración del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por el que se crean Registros Auxiliares del Registro General de los Servicios Centrales del Servicio de Salud del Principado de Asturias. B.O.P.A. núm. 235, de 09 de octubre de 2013.

## **ASTURIAS**

- Decreto 27/2013, de 22 de mayo, de primera modificación del Decreto 9/2003, de 20 de febrero, por el que se crea el Consejo Asesor sobre Diabetes del Principado de Asturias. B.O.P.A. núm. 124, de 30 de mayo de 2013.

## **BALEARES**

- Decreto ley 3/2013, de 14 de junio, de creación de la Red Hospitalaria Pública de las Illes Ba-

lears y el procedimiento de vinculación de centros privados de atención especializada. B.O.I.B. núm. 85, de 15 de junio de 2013.

- Decreto 15/2013, de 7 de junio, del presidente de las Illes Balears, por el que se modifica el Decreto 6/2013, de 2 de mayo, del presidente de las Illes Balears, por el que se establecen las competencias y la estructura orgánica básica de las consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. B.O.I.B. núm. 82, de 08 de junio de 2013.
- Decreto 47/2013, de 18 de octubre, de modificación del Decreto 46/2012, de 1 de junio, por el que se regula el marco de calidad de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, se crea la Comisión Autonómica de Acreditación de los Centros Sanitarios de las Illes Balears y se aprueba el programa de acreditación de hospitales. B.O.I.B. núm. 147, de 26 de octubre de 2013
- Decreto 49/2013, de 25 de octubre, por el que se regula el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Servicio de Salud de las Illes Balears. B.O.I.B. núm. 150, de 31 de octubre de 2013.
- Resolución de 8 de mayo de 2013, del director general del Servicio de Salud de las Islas Baleares, por la que se delegan determinadas competencias relativas a la gestión de los biobancos con fines de investigación biomédica de titularidad del Servicio de Salud. B.O.I.B. núm. 69, de 16 de mayo de 2013.
- Pacto de 22 de marzo de 2013 de la Mesa Sectorial de Sanidad por el que se establecen determinados aspectos relativos a la implementación del «Plan de ordenación de los recursos humanos que integra el personal de la Gerencia del Complejo Hospitalario de Mallorca en los Servicios Centrales y en las gerencias territoriales del Servicio de Salud». B.O.I.B. núm. 43, de 30 de marzo de 2013.
- Acuerdo del Consejo de Gobierno de 14 de junio de 2013 de medidas relativas al control interno de la gestión económico-financiera en el ámbito del Servicio de Salud de las Illes Balears. B.O.I.B. núm. 85, de 15 de junio de 2013.
- Acuerdo de 5 de julio de 2013 del Consejo de Gobierno por el que se adoptan medidas para reducir el déficit público en relación con la modificación del punto 4 del Acuerdo de la Mesa

Sectorial de Sanidad de 21 de diciembre de 2004 sobre la acción social para el personal del Servicio de Salud de las Illes Balears. B.O.I.B. núm. 95, de 06 de julio de 2013.

### CANARIAS

- Orden de 5 de junio 2013. Aprueba el Calendario Vacunal Infantil de la Comunidad Autónoma de Canarias. B.O.C. núm. 131 de 10 de julio de 2013.
- Orden de 16 de agosto de 2013, por la que se modifica la Orden de 14 de diciembre de 2012, que acuerda la puesta en marcha de las actuaciones en materia de promoción de la salud, prevención de la enfermedad y la prestación de asistencia sanitaria, dirigidas a personas extranjeras no autorizadas ni registradas como residentes en territorio español, que carecen de recursos económicos suficientes. B.O.C. núm. 173 de 09 de septiembre de 2013.
- Resolución de 26 de abril de 2013, de la Directora, por la que se crea y regula la sede y el registro electrónico del Servicio Canario de la Salud. B.O.C. núm. 95 de 20 mayo de 2013.

### CANTABRIA

- Orden SAN/19/2013, de 26 de septiembre, por la que se suprimen las categorías estatutarias de Lavandera y Planchadora del Servicio Cántabro de Salud. B.O.C. núm. 192, de 7 de octubre de 2013.
- Resolución por la que se ordena la publicación del Acuerdo por el que se fijan las condiciones del personal dependiente del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla que se encuentra adscrito a las unidades funcionales en las que se prestan los servicios no clínicos objeto del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la realización de una actuación global e integrada en el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla. B.O.C. núm. 39, de 5 de septiembre de 2013.
- Acuerdo de Consejo de Gobierno de 30 de mayo de 2013, por el que se aprueba la Estrategia de Mejora de los Servicios Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el periodo 2013-2015. B.O.C. núm. 201, de 18 de octubre de 2013.

**CASTILLA – LA MANCHA**

- Decreto 23/2013, de 26 de abril, por el que se establecen los horarios de atención al público, servicios de urgencia y vacaciones de las oficinas de farmacia y botiquines en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. D.O.C.M núm. 83, de 30 de abril de 2013.
- Decreto 26/2013, de 23 de mayo, del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia en Castilla-La Mancha. D.O.C.M núm. 123, de 23 de mayo de 2013.
- Decreto 30/2013, de 06 de junio, de régimen jurídico de los servicios de atención domiciliaria. D.O.C.M núm. 111, de 11 de junio de 2013.
- Decreto 34/2013, de 20 de junio, sobre la compatibilidad de un segundo puesto de carácter asistencial. D.O.C.M núm. 121, de 21 de junio de 2013.
- Decreto 57/2013, de 12 de agosto, por el que se regula la prestación de servicios de los empleados públicos en régimen de teletrabajo en la Administración de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. D.O.C.M núm. 158, de 16 de agosto de 2013.
- Orden de 25 de marzo de 2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, de derogación de la Orden de 20/11/2012, sobre la Atención Sanitaria Urgente y Continuada en las Zonas Básicas de Salud. D.O.C.M núm. 61, de 27 de marzo de 2013.
- Orden de 11 de marzo de 2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, de los precios públicos en los Laboratorios de Salud Pública de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales. D.O.C.M núm. 61, de 27 de marzo de 2013.
- Orden de 27 de marzo de 2013, de la Consejería de Hacienda, por la que se establece la estructura y el régimen de funcionamiento electrónico del Registro Oficial de Licitadores de Castilla-La Mancha. D.O.C.M núm. 70, de 11 de abril de 2013.
- Orden de 9 de abril de 2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales por la que se establecen las prioridades en materia de inspección de centros, servicios y establecimientos sanitarios y sociales y se aprueba el Plan de Inspección de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios y Sociales para el año 2013. D.O.C.M núm. 73, de 16 de abril de 2013.
- Orden de 23 de abril de 2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, de actualización del calendario de vacunaciones de Castilla-La Mancha. D.O.C.M núm. 84, de 02 de mayo de 2013.
- Orden de 18 de junio de 2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, de los requisitos y el procedimiento de acreditación de los servicios de atención domiciliaria en Castilla-La Mancha. D.O.C.M núm. 121, de 21 de junio de 2013.
- Orden de 25 de junio de 2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, del Programa de Detección Precoz del Cáncer de Mama. D.O.C.M núm. 134, de 08 de abril de 2013.
- Orden de 18 de julio de 2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, de modificación de la Orden de 18/12/2012, de las Gerencias de Atención Integrada del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. D.O.C.M núm. 147, de 31 de julio de 2013.
- Orden de 29 de julio de 2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establece el catálogo de servicios y prestaciones económicas del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y se determina la intensidad de los servicios y el régimen de compatibilidades aplicable. D.O.C.M núm. 152, de 07 de agosto de 2013.
- Orden de 29 de octubre de 2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, de modificación de la Orden de 18/07/2013, de modificación de la Orden de 18/12/2012, de las Gerencias de Atención Integrada del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. D.O.C.M núm. 212 de 31 de octubre de 2013.
- Resolución de 27 de marzo de 2013, de la Secretaría General, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21/03/2013, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos, en el ámbito de la movilidad del personal del Sescam. D.O.C.M núm. 67, de 12 de julio de 2013.

- Resolución de 20 de marzo de 2013, de la Dirección Gerencia, sobre delegación de competencias. D.O.C.M núm. 62, de 01 de abril de 2013.
- Resolución de 2 de agosto de 2013, de la Dirección Gerencia, sobre precios a aplicar por sus centros sanitarios a terceros obligados al pago o a los usuarios sin derecho a asistencia sanitaria. D.O.C.M núm. 153, de 08 de agosto de 2013.
- Resolución de 06 de agosto de 2013, de la Dirección Gerencia, sobre las condiciones económicas aplicables en el año 2013 a la prestación de determinados servicios de asistencia sanitaria a través de medios ajenos, en el ámbito de gestión del Sescam. D.O.C.M núm. 154, de 09 de agosto de 2013.

### CASTILLA Y LEÓN

- Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. D.O.C.Y.L núm. 98, de 24 de mayo de 2013.
- Decreto 20/2013, de 13 de junio, por el que se establece el Reglamento de Funcionamiento del Consejo Castellano y Leonés de Salud. D.O.C.Y.L núm. 116, de 19 de junio de 2013.
- Decreto 63/2013, de 26 de septiembre, por el que se establece el procedimiento de elaboración de la plantilla orgánica del personal estatutario de los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia. D.O.C.Y.L núm. 190, de 02 de octubre de 2013.
- Orden FYM/334/2013, de 2 de mayo, de desarrollo del Decreto 302/1999, de 2 de diciembre, por la que se determina la forma de gestión del Servicio Público de Atención de llamadas de Urgencia a través del número telefónico 1-1-2, y se organiza dicho servicio. D.O.C.Y.L núm. 96, de 22 de mayo de 2013.
- Orden SAN/339/2013, de 9 de mayo, por la que se establece el procedimiento para la aplicación del Índice Corrector de los márgenes de las oficinas de farmacia. D.O.C.Y.L núm. 96, de 22 de mayo de 2013.
- Orden, de 6 de junio de 2013, que Crea la Comisión Mixta de la Comunidad de Castilla y León y la Diputación Provincial de León para la integración en la Administración de la Comunidad Autónoma de los servicios sanitarios que actualmente presta la Diputación Provincial de León. D.O.C.Y.L núm. 114, de 17 de junio de 2013.
- Orden SAN/767/2013, de 18 de septiembre, por la que se modifica la Orden de 31 de julio de 2000, de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social, por la que se establece y regula el sistema de confección de listas para sustituciones del personal funcionario sanitario para prestar servicios en la Comunidad de Castilla y León. B.O.C.Y.L núm. 184, de 24 de septiembre de 2013.

### CATALUÑA

- Decreto-ley 3/2013, de 25 de junio, sobre el régimen de mejoras de la prestación económica de incapacidad temporal del personal funcionario al servicio de la Administración de justicia en Cataluña. D.O.C.G núm. 6405, 27 de Junio de 2013.
- Decreto 207/2013, de 30 de julio, de modificación del Decreto 352/1999, de 13 de diciembre, por el que se crea la Comisión Interdepartamental del Sida en Cataluña. D.O.C.G núm. 6430 de 01 de agosto de 2013.
- Decreto 234/2013, de 15 de octubre, por el que se regulan la autorización para la constitución y el funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica en Cataluña y de la Red Catalana de Biobancos. D.O.G.C. de 17 de octubre de 2013
- Orden SLT/99/2013, de 24 de mayo, por la que se establecen para el año 2013 las tarifas máximas de los servicios de transporte sanitario no urgente que convenga o contrate el Servicio Catalán de la Salud. D.O.C.G núm. 6787, de 31 de mayo de 2013.
- Orden SLT/102/2013, de 24 de mayo, por la que se establecen para el año 2013 las tarifas máximas de los servicios de diálisis realizados por los centros y establecimientos sanitarios que contrate el Servicio Catalán de la Salud. Diario Oficial Generalidad de Cataluña. D.O.C.G núm. 6787, de 31 de mayo de 2013.
- Orden SLT/106/2013, de 24 de mayo, por la que se determinan para el año 2013 los precios unitarios y el resto de valores a que se refiere el artículo 5 del Decreto 170/2010, de 16 de noviembre, de regulación del sistema de pago de servicios sanitarios en el ámbito del Servicio Catalán de la Salud. D.O.C.G núm. 6787, de 31 de mayo de 2013.

- Orden SLT/101/2013, de 24 de mayo, por la que se establecen para el año 2013 las tarifas máximas de los servicios de asistencia integrada de pacientes susceptibles de enfermedad alérgica que contrate el Servicio Catalán de la Salud. D.O.C.G. núm. 6787, de 31 de mayo de 2013.
- Orden SLT/139/2013, de 17 de junio, que Crea el Centro de Coordinación Sanitaria en el Servicio Catalán de la Salud. D.O.G.C. núm. 6403, de 03 de julio de 2013.
- Orden SLT/235/2013, de 9 de septiembre, por la que se establecen para el año 2013 los valores de las unidades de pago para la contraprestación de los servicios llevados a cabo por los centros sociosanitarios. D.O.G.C. 11 de octubre de 2013.
- Decreto 149/2013, de 5 de septiembre, por el que se define la cartera de servicios sociales para la promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia y se determina el sistema de participación de las personas usuarias en la financiación de su coste. D.O.G. núm. 182 de 24 de septiembre de 2013.
- Orden de 28 de mayo de 2013 por la que se regula la prestación ortoprotésica en la Comunidad Autónoma de Galicia. D.O.G. núm. 104 de 03 de junio de 2013.
- Orden de 4 de octubre de 2013 por la que se regula la composición y funcionamiento de la Comisión Gallega de Enfermedades Inmunoprevenibles. D.O.G. de 14 de octubre de 2013.

### **EXTREMADURA**

- Decreto 52/2013, de 9 de abril, por el que se modifica el Decreto 93/2006, de 16 de mayo, por el que se crea el Consejo Asesor sobre Diabetes del Sistema Sanitario Público de Extremadura. D.O.E. núm. 71, de 15 de abril de 2013.
- Decreto 127/2013, de 16 de julio, por el que se modifica el Decreto 171/2009, de 24 de julio, por el que se crea el Consejo Asesor sobre Enfermedades Raras del Sistema Sanitario Público de Extremadura. D.O.E. núm. 138, de 18 de julio de 2013.
- Decreto 161/2013, de 27 de agosto, por el que se modifica el Decreto 135/2010, de 18 de junio, por el que se crea el Consejo Asesor de Educación para la Salud de Extremadura. D.O.E. núm. 169, de 27 de agosto de 2013.
- Resolución de 24 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Planificación, Calidad y Consumo, por la que se renueva la autorización de funcionamiento del Hospital de Llerena, para el implante de membrana amniótica. D.O.E. 11 de octubre de 2013.

### **GALICIA**

- Decreto 100/2013, de 13 de junio, por el que se modifica el Decreto 221/2012, de 31 de octubre, 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. D.O.G. núm. 123 de 01 de julio de 2013.

- Resolución de 5 de agosto 2013. Modifica la Resolución de 12 de septiembre de 2008, de la Dirección General de Salud Pública, por la que se actualiza el calendario de vacunación infantil del Programa gallego de vacunación. D.O.G. núm. 157 de 20 de agosto de 2013.

### **MADRID**

- Decreto 30/2013, de 11 de abril, del Consejo de Gobierno, de seguimiento y control de la calidad asistencial en el Sistema Madrileño de Salud. B.O.C.M. núm. 86, de 12 de abril de 2013.
- Orden 399/2013, de 19 de abril, por la que se aprueba el Plan de Inspección y Calidad de los centros de Servicios Sociales y Servicios de Acción Social en la Comunidad de Madrid para 2013. B.O.C.M. núm. 109, de 09 de mayo de 2013.
- Orden 317/2013, de 6 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 2013 a 2015. B.O.C.M. núm. 127, de 31 de mayo de 2013.
- Orden 370/2013, de 24 de mayo, por la que se regula la Comisión Asesora en Indicadores de Calidad de Asistencia Sanitaria del Servicio Madrileño de Salud. B.O.C.M. núm. 126, de 30 de mayo de 2013.
- Orden de 2 de agosto de 2013, conjunta de la Consejería de Economía y Hacienda y de la Consejería de Sanidad, por la que se dictan instrucciones para el desarrollo y aplicación del



control continuo en los centros sanitarios adscritos al Servicio Madrileño de Salud. B.O.C.M. núm. 200, de 23 de agosto de 2013.

- Orden 731/2013, de 6 de septiembre, del Consejero de Sanidad, por la que se fijan los precios públicos por la prestación de los servicios y actividades de naturaleza sanitaria de la Red de Centros de la Comunidad de Madrid. B.O.C.M. núm. 215, de 10 de septiembre de 2013.
- Orden 832/2013, de 4 de octubre, del Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid, por la que se establecen los criterios retributivos y de gestión, aplicables a las acciones de evaluación de la formación continuada, para su acreditación por la Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias de la Comunidad de Madrid. B.O.C.M. núm. 248 de 18 de octubre de 2013.
- Resolución de 16 de julio de 2013, de la Dirección General de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud, por la que se constituye y establece la composición, renovación, atribuciones y funciones del Comité de Expertos Asesor de Vacunas de la Comunidad de Madrid. B.O.C.M. núm. 179, de 31 de julio de 2013.

### **MELILLA**

- Acuerdo del Consejo de Gobierno de fecha 11 de octubre de 2013, relativo a la aprobación de las bases reguladoras de la convocatoria de concesión de subvenciones para el apoyo económico a personas con enfermedades crónicas, en la disposición Farmacéutica Hospitalaria de tipo Ambulatorio. B.O.C.M. núm. 5069 de 15 de octubre de 2013.

### **MURCIA**

- Ley 4/2013, de 12 de junio, de Medidas Urgentes en materia de Gastos de Personal y Organización Administrativa. B.O.R.M. núm. 136 de 14 de junio de 2013.
- Decreto 123/2013, de 20 de septiembre, por el que se crea y regula el Consejo Asesor Regional de Salud Mental de la Región de Murcia. B.O.R.M. núm. 222 de 24 de septiembre de 2013
- Orden de la Consejería de Sanidad y Política Social, por la que se renueva la acreditación del

Comité Ético de Investigación Clínica del Hospital General Universitario “Virgen de la Arrixaca”. B.O.R.M. núm. 176 de 31 de julio de 2013.

- Instrucción 4/2013, de 22 de marzo, de la Dirección Gerencia del Servicio Murciano de Salud, por la que se establece el procedimiento de validación sanitaria de los tratamientos con medicamentos que han sido excluidos de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud pero permanecen financiados excepcionalmente para las indicaciones establecidas en función del grupo terapéutico al que pertenecen. B.O.R.M. núm. 82, de 11 de abril de 2013.

### **NAVARRA**

- Decreto Foral 26/2013, de 30 de abril, por el que se modifica el Decreto Foral 63/2002, de 25 de marzo, por el que se modifica parcialmente la estructura orgánica del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. B.O.N. núm. 90, de 14 de mayo de 2013.
- Decreto Foral 58/2013, de 4 de septiembre, por el que se implanta la estructura de atención primaria de la Zona Básica de Salud de Sarriguren. B.O.N. núm. 181, de 13 de septiembre de 2013.
- Orden Foral 35/2013, de 22 de marzo, de la Consejera de Salud, por la que se modifica la Orden Foral 52/2012, de 8 de agosto, de la Consejera de Salud, por la que se establece la estructura del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea a nivel de Secciones no asistenciales y de Unidades no asistenciales. B.O.N. núm. 67, de 10 de abril de 2012.
- Orden Foral 56/2013, de 15 de mayo, de la Consejera de Salud, por la que se crea el Servicio de Radiología del Complejo Hospitalario de Navarra. B.O.N. núm. 96, de 22 de mayo de 2013
- Orden Foral 68/2013, de 17 de junio. Modifica la Orden Foral 38/2011, de 04-05-2011 (LNA 2011\194), de la Consejera de Salud, por la que se desarrolla la estructura orgánica de la Dirección de Enfermería del Complejo Hospitalario de Navarra. B.O.N. núm. 129 de 08 de julio de 2013.
- Orden Foral 69/2013, de 19 de junio. Registro de enfermedades. Crea y regula el Registro Poblacional de Enfermedades Raras de Navarra y crea el fichero de datos de carácter personal correspondiente. B.O.N. núm. 130 de 09 de julio de 2013.

- Orden Foral 112/2013, de 5 de agosto, de la Consejera de Salud, por la que modifica la Orden Foral 52/2012, de 8 de agosto, de la Consejera de Salud, por la que se establece la estructura del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea a nivel de Secciones no asistenciales y de Unidades no asistenciales. B.O.N núm. 150 de 06 de agosto de 2013.
- Orden Foral 608/2013, de 18 de julio, del Consejero de Políticas Sociales, por la que se dispone la publicación del Protocolo para la prevención y actuación ante la mutilación genital femenina en Navarra. B.O.N núm. 203 de 21 de octubre de 2013.
- Resolución 315/2013, de 22 de mayo. Dispone la publicación en el Boletín Oficial de Navarra del Acuerdo de la Junta de Cooperación entre la Administración General del Estado y la Comunidad Foral de Navarra de 26-4-2013, en relación con la Ley Foral 8/2013, de 25-2-2013. B.O.N núm. 114 de 17 de junio de 2013.

### PAÍS VASCO

- Decreto 195/2013, de 9 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Salud. B.O.P.V núm. 74, de 18 de abril de 2013.
- Decreto 351/2013, de 21 de mayo, de modificación del Decreto por el que se aprueba el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza-Servicio vasco de salud, para los años 2007, 2008 y 2009. D.O.P.V. núm. 100, de 27 de mayo de 2012.
- Orden de 4 de julio de 2013, del Consejero de Salud, por la que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la asistencia sanitaria en la Comunidad Autónoma de Euskadi a las personas que no tienen la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, y se regula el documento identificativo y el procedimiento para su emisión. B.O.P.V núm. 139 de 22 de julio de 2013.
- Resolución de 13 de marzo de 2013, del Director de Aseguramiento y Contratación Sanitaria, por la que se declara mantener la validez de la Tarjeta Individual Sanitaria sin tener en cuenta la referencia a la caducidad. B.O.P.V núm. 64, de 04 de abril de 2013.

### LA RIOJA

- Decreto 38/2013, de 25 de octubre, por el que se aprueba la relación de puestos de trabajo correspondiente al personal de los centros, servicios y establecimientos sanitarios del Servicio Riojano de Salud. B.O.R núm. 136, de 30 de octubre de 2013.
- Orden 6/2013, de 28 de octubre, de la Consejería de Salud y Servicios Sociales, de creación y agrupación de Zonas Básicas de Salud, y delimitación de su ámbito territorial. B.O.R núm. 136, de 30 de octubre de 2013.
- Resolución nº 1107 del Consejero de Salud y Servicios Sociales, de 12 de junio de 2013, sobre La vigencia de las tarjetas sanitarias. B.O.R núm. 73 de 17 de junio de 2013.

### VALENCIA

- Decreto 70/2013, de 7 de junio, del Consell, por el que se ordenan diversas categorías de personal estatutario de la Agència Valenciana de Salut. D.O.C.V. núm. 7046, de 11 de junio de 2013.
- Orden 2/2013, de 7 de junio, de la Consellería de Sanidad, por la que se regula el procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia en el servicio activo y la jubilación voluntaria del personal adscrito a las instituciones sanitarias dependientes de la Consellería de Sanidad. D.O.C.V. núm. 7042, de 10 de junio de 2013.
- Orden 5/2013, de 3 de septiembre, de la Consellería de Sanidad, por la que se regula el procedimiento de habilitación del personal de los vehículos de transporte sanitario por carretera que acredite su experiencia laboral. D.O.C.V. núm. 7114 de 19 de septiembre de 2013.
- Resolución de 15 de mayo de 2013, del Conseller de Sanidad, por la que se aprueba el Plan Anual de Inspección de Servicios Sanitarios para el año 2013. D.O.C.V. núm. 7047, de 17 de junio de 2013.
- Acuerdo de 7 de junio de 2013, del Consell, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos de las Instituciones Sanitarias dependientes de la Consellería de Sanidad. D.O.C.V. núm. 7042, de 10 de junio de 2013.

# NORMAS DE PUBLICACIÓN

## ESTUDIOS Y COMUNICACIONES

1. Los originales que se presenten para publicación deberán ser inéditos.
2. En el caso de los ESTUDIOS que aborden en profundidad cualquier tema del Derecho Sanitario, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 80 páginas.
3. En el caso de las COMUNICACIONES que realicen una crónica, apunte o conclusión breve respecto a un tema del Derecho Sanitario, la extensión máxima no podrá superar las 20 páginas.
4. Tanto los ESTUDIOS como las COMUNICACIONES deberá remitirse por correo electrónico a ([dlarios@jccm.es](mailto:dlarios@jccm.es) y [mdgonzalezg@sescam.jccm.es](mailto:mdgonzalezg@sescam.jccm.es)), indicándose en el mismo título original y datos del autor/es.
5. En todo caso se utilizará letra tipo “times new roman”, tamaño 12 para el texto principal y tamaño 10 para las notas a pie de página. No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados, ni subrayados. No deben dividirse las palabras con guiones al final de la línea, ni se dejarán líneas en blanco.
6. La primera página debe de incluir, por este orden:
  - a. Título del artículo
  - b. Nombre y apellidos del autor o autores
  - c. Profesión o título académico del autor y Centro o Institución de trabajo
  - d. Índice o sumario
  - e. Un breve resumen (ABSTRACT) en español e inglés de 20-30 palabras acompañado de 3-5 palabras clave, en los dos idiomas.
  - f. Nombre y dirección del autor o autores y dirección (postal o e-mail) al que los lectores pueden dirigir la correspondencia.
  - g. Fecha de finalización del trabajo
7. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice, siguiendo los siguientes modelos:
  - a. Libros: LAÍN ENTRALGO, Pedro: *La relación médico-enfermo*, Alianza Editorial, Madrid 1983, p36 [o pp. 36-39].
  - b. Capítulos de libros: ESER, Albin: “Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica” en MIR PUIG, S. (Ed.): *Avances de la medicina y derecho penal*, Barcelona, 1988, p.12 [o pp. 12 y ss].
  - c. Artículos de revistas: MORALES PRATS, Fermín: “Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitario”, *Derecho y Salud*, Vol, 9, núm.2, 2001, pp. 141-149.
  - d. Jornadas o Ponencias: PUIG, Jaume: “Innovación tecnológica y mercado sanitario: de la macro-regulación a la micro-regulación”, Ponencia presentada en las *XIV Jornadas de Economía de la Salud: Cambios en la regulación sanitaria*, Asociación de Economía y Salud, Barcelona, 1995, p. 342.
  - e. Sitios de Internet: BARRIOS FLORES, Luis Fernando. El internamiento psiquiátrico en España: de Valencia a Zaragoza (1409-1808). *Rev Cubana Salud Pública*. [online]. Jul.-dic. 2002, vol.28, no.2, p.224-245. Disponible en la URL: [http://cielo.sld.cu/cielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0864-34662002000200009&lng=es&nrm=iso](http://cielo.sld.cu/cielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662002000200009&lng=es&nrm=iso). [Con acceso el 4.3.2006].
8. Los manuscritos serán valorados anónimamente por evaluadores externos al Consejo Editorial de la Revista, expertos en la materia, quienes informarán sobre la conveniencia de su publicación y, en su caso, de introducir modificaciones en el texto.
 

Adicionalmente, se realizará una revisión por pares que garantice la objetividad de la evaluación.





Asociación Juristas de la Salud  
 Facultad de Derecho  
 Plaza de la Universidad nº 1  
 02071 Albacete - España  
<http://www.ajs.es>

## SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN A LA REVISTA DERECHO Y SALUD

### DATOS SUSCRIPCIÓN

Nombre/Razón Social: \_\_\_\_\_  
 Departamento/Servicio: \_\_\_\_\_  
 Número de ejemplares: \_\_\_\_\_  
 Dirección: \_\_\_\_\_  
 Código Postal: \_\_\_\_\_  
 Población: \_\_\_\_\_  
 Teléfono/s: \_\_\_\_\_  
 Fax: \_\_\_\_\_  
 Dirección e-mail: \_\_\_\_\_  
 DNI/NIF: \_\_\_\_\_

### FORMA DE PAGO

Transferencia  A la cuenta 0182-6022-31-0201538629

Domiciliación Bancaria

Titular de la cuenta: \_\_\_\_\_  
 NIF del titular: \_\_\_\_\_  
 Entidad Bancaria: \_\_\_\_\_  
 Oficina: \_\_\_\_\_  
 Dirección oficina: \_\_\_\_\_  
 Código Entidad:     (4 dígitos)  
 Código Sucursal:     (4 dígitos)  
 Dígitos de Control:   (2 dígitos)  
 Cuenta:           (10 dígitos)

Importe de la suscripción 62 euros anuales (dos revistas)

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

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "suscriptores" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a [info@ajs.es](mailto:info@ajs.es), indicando "derechos ARCO".



Asociación Juristas de la Salud  
Facultad de Derecho  
Plaza de la Universidad nº 1  
02071 Albacete - España  
<http://www.ajs.es>

## SOLICITUD DE ASOCIACIÓN

### DATOS SUSCRIPCIÓN

Nombre: \_\_\_\_\_  
Primer apellido: \_\_\_\_\_  
Segundo apellido: \_\_\_\_\_  
Dirección: \_\_\_\_\_  
Código Postal: \_\_\_\_\_  
Población: \_\_\_\_\_  
Teléfono/s: \_\_\_\_\_  
Fax: \_\_\_\_\_  
Dirección e-mail: \_\_\_\_\_  
DNI/NIF: \_\_\_\_\_

### DATOS BANCARIOS

Titular de la cuenta: \_\_\_\_\_  
NIF del titular: \_\_\_\_\_  
Entidad Bancaria: \_\_\_\_\_  
Oficina: \_\_\_\_\_  
Dirección oficina: \_\_\_\_\_  
Código Entidad:  (4 dígitos)  
Código Sucursal:  (4 dígitos)  
Dígitos de Control:  (2 dígitos)  
Cuenta:  (10 dígitos)

### ENVÍO CORRESPONDENCIA (cuando sea diferente del domicilio)

Lugar de trabajo: \_\_\_\_\_  
Cargo: \_\_\_\_\_  
Dirección: \_\_\_\_\_  
Código Postal: \_\_\_\_\_

Cuota de la Asociación 82 euros anuales

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

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "socios" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a [info@ajs.es](mailto:info@ajs.es), indicando "derechos ARCO".