

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN EL ÁMBITO SANITARIO

**Vicente
Lomas Hernández**

*Doctor en Derecho. Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica
Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM)*

SUMARIO

I. Recursos Humanos. II. Profesiones Sanitarias. III. Salud Laboral. IV. Derecho Laboral. V. Relación Laboral Especial de Residencia (MIR). VI. Procedimiento Administrativo. VII. Protección de Datos Sanitario. VIII. Prestación Farmacéutica. IX. Prestaciones Sanitarias. X. Responsabilidad Sanitaria. XI. Contratación Pública. XII. Derecho Procesal.

RESUMEN

El presente artículo recoge la relación de resoluciones judiciales presentadas en el Congreso de la Asociación de Juristas de la Salud 2024, Mesa de Trabajo titulada “*Novedades legislativas y jurisprudenciales*”, coordinada por Carlos Fornes, y comparada con los ponente D. Antonio Rivas López, y D. Juan Julián García Gómez..

PALABRAS CLAVE

Personal estatutario. Prestaciones sanitarias. Eutanasia. Consentimiento informado. Carrera profesional. Interrupción voluntaria del embarazo. Vacunas. Historia clínica. Paciente. Servicio de Salud.

I. RECURSOS HUMANOS

1. Carrera profesional: valoración del tiempo de servicios prestados en otra administración sanitaria diferente

STS 97/2024, 23 de Enero de 2024

Un enfermero, subgrupo A2 y personal estatutario interino del Servicio Cántabro de Salud, concurrió a la “convocatoria 2018 del procedimiento de reconocimiento de grado I en el sistema de carrera profesional del personal interino al servicio de las

instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud.

Acreditó cinco años de servicios en instituciones del Sistema Nacional de Salud, pero no en el Sistema Cántabro de Salud, razón por la que para completarlo, pidió que se le computasen los años servidos en otros servicios de salud, y que se computasen también los servicios prestados como contratado laboral.

La Administración recurrente lo rechazó por no cumplir con las bases y con lo previsto en la disposición adicional undécima de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

El TS resuelve la cuestión de interés casacional en los siguientes términos:

“Que tratándose de personal estatutario interino, a efectos del reconocimiento del grado de carrera profesional, es conforme con la cláusula 4 del Acuerdo Marco que el tiempo de servicio exigido para tal reconocimiento se acote al prestado en el servicio de salud que le nombra si esa limitación se prevé también para el fijo; pero será discriminatorio si para el personal estatutario fijo se prevé que el tiempo de servicios para progresar de grado se refiera al tiempo de servicios en el Sistema Nacional de Salud.”

Que tratándose de personal estatutario interino respecto de los elementos integrantes de la carrera profesional del artículo 40.2 del EMPSS, cabe invocar también los adquiridos y consolidados en otro servicio de salud en el que prestó servicios con exclusión de aquellos conocimientos, experiencias o cumplimiento de objetivos que sean específicos del servicio de salud en el que se prestaron servicios mediante una relación estatutaria ya extinguida”.

2. Sustitución de las vacaciones anuales por una compensación económica en personal estatutario temporal

STS nº 324/2024, de 28 de febrero, nº rec. 756/2022

La recurrente, personal estatutario eventual del Servicio Gallego de Salud, venía siendo llamada desde 2006 para hacer sustituciones. Dado que sus servicios eran de corta duración, el tiempo de vacaciones a que tenía derecho y que no podía disfrutar le era compensado económicamente con arreglo a lo previsto en el art. 53.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, que establece:

“El período de vacación anual sólo podrá ser sustituido por una compensación económica en el caso de finalización de la prestación de servicios”.

En 2019 solicitó que el tiempo de vacaciones -no disfrutadas, pero compensadas económicamente y cubiertas por cotización a la Seguridad Social- le fuera reconocido como tiempo de servicios prestados, a todos los efectos económicos y administrativos, solicitud que fue denegada.

La cuestión declarada de interés casacional objetivo consiste en determinar si, en el supuesto en que se admite la sustitución de las vacaciones anuales por una compensación económica, resulta discriminatorio para el personal temporal en relación con el personal fijo, que no se compute el tiempo de vacaciones como tiempo de servicios prestados.

El recurso es desestimado por aplicación del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (incorporado por la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 es aplicable al presente caso, especialmente en lo relativo al principio de no discriminación con respecto a los trabajadores fijos, consagrado por su cláusula 4.

Nadie discute que al personal fijo del Servicio Gallego de Salud se le computa el tiempo de

vacaciones anuales como servicios previos, el único interrogante es si existen “razones objetivas” en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo Marco que justifiquen que ese mismo tiempo no le sea computado como servicios previos al personal eventual que hace sustituciones de corta duración.

La única razón dada por el Servicio Gallego de Salud es que a ello se oponen las normas nacionales españolas que invoca en su escrito de interposición del recurso de casación. Pero esto no es convincente, fundamentalmente porque se trata de una razón formal, que nada dice sobre posibles diferencias sustanciales relevantes entre una relación fija y otra temporal. Además, como es sabido, si se diera una colisión entre la norma nacional y la norma de la Unión Europea, esta tendría prioridad.

3. Excedencia por prestación de servicios en el sector público: aplicable a personal estatutario sanitario que pasa a prestar servicios en una Mutua de AT/EP

STSJ de Extremadura nº 356/2023, de Julio, nº rec. 71/2023

La cuestión a dilucidar consiste en determinar si un médico especialista en cirugía ortopédica en virtud de contrato indefinido de interinidad a tiempo completo con FREMAP, pueda conseguir la excedencia por prestar servicios en el sector público respecto de la plaza adquirida como personal estatutario fijo en la categoría de especialista de Área, especialidad Cirugía Ortopédica y Traumatología, en las instituciones sanitarias del SES.

Tomó posesión de la plaza y formuló solicitud para el reconocimiento de la situación de excedencia del art. 66 del Estatuto Marco. Dicha solicitud fue denegada.

El art. 66.2 del EM dispone:

“A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, deben considerarse incluidas en el sector público aquellas entidades en las que la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas sea igual o superior al 50 por ciento o, en todo caso, cuando las mismas posean una situación de control efectivo”.

De lo que se trata por tanto es de determinar si dentro de la expresión “aquellas entidades” cabe entender incluidas las Mutuas de AT/EP.

La Sala concluye que el mencionado art. 66 del EM sí resulta de aplicación a las Mutuas de AT/EP por:

- a) Formar parte las Mutuas de AT/EP del sector público estatal.
- b) Tratarse de entidades que, en todo caso, están controladas de modo efectivo por la Administración del Estado.
- c) El actor realizaría la misma actividad asistencial y de rehabilitación, como especialista en cirugía ortopédica y traumatología, tanto en el SES como en FREMAP, formando en ambos supuestos parte de la acción protectora del sistema de la SS.
- d) El régimen jurídico del personal al servicio de las Mutuas invita a una equiparación en derechos, y no sólo en deberes, con el del personal estatutario, destacando que le son de aplicación los principios constitucionales de acceso al empleo.
- e) La doctrina del Tribunal Supremo sobre entes de compleja regulación tiende a dicha equiparación, incumbiendo a la Administración prestar atención a las figuras peculiares que crea a fin de atender a consecuencias no buscadas de origen.

4. Los servicios prestados para Mutuas de AT/EP son equiparables a los prestados en el Sistema Nacional de Salud (SNS)

STS nº 53/2024, de 16 de enero, nº rec. 8301/2021

El recurrente, enfermero de profesión, se presentó a la Bolsa de Empleo Temporal convocada por el Servicio Andaluz de Salud. A efectos del baremo, alegó los servicios prestados como enfermero en el Hospital del Fremap de Sevilla sosteniendo que debían valorarse en 0,30 puntos por mes; y ello por entender que se trata de servicios prestados en el Sistema Sanitario Público Andaluz, dado que Fremap es una mutua colaboradora de la Seguridad Social. El SAS, sin embargo, no le valoró los mencionados servicios.

Disconforme con ello, acudió a la vía jurisdiccional, donde su pretensión fue estimada. El recurso de apelación de la Administración fue estimado invocando el criterio establecido por STS de 26 de mayo de 2020 (rec. nº 5036/2017), en la que se afirma que los servicios prestados en las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social deben ser valorados; pero no como servicios prestados en el Sistema Sanitario Público Andaluz, sino como servicios prestados en centros sanitarios privados concertados.

El recurrente alega que las bases de la convocatoria de la Bolsa de Empleo Temporal del SAS hablaban de “*centros integrados en el Sistema Nacional de Salud*”, concepto en el que quedan subsumidas las mutuas, concluyendo así que no es ajustado a Derecho tratarlas como centros sanitarios privados concertados.

Según la Sala:

Las bases de la convocatoria para la Bolsa de Empleo Temporal distinguían, a efectos de la valoración de servicios previos, entre “*centros integrados en el Sistema Nacional de Salud o en el Sistema Sanitario Público Andaluz*” y centros sanitarios privados concertados. Si esta es la disyuntiva, es claro que las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social están más próximas a los centros integrados en el Sistema Nacional de Salud.

La respuesta por tanto a la cuestión de interés casacional objetivo, es:

“Que, a efectos de su valoración como méritos en procesos selectivos, los servicios prestados en las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social son equiparables a los prestados en el Sistema Nacional de Salud”.

II. PROFESIONES SANITARIAS

1. Nombramiento como Directora General de Cuidados, Humanización y Atención Sociosanitaria a una enfermera, y no a un licenciado en medicina

STSJ Asturias, nº 183/2023, de 22 de Febrero, nº Rec. 207/2022

La Sala confirma la legalidad del nombramiento de una enfermera como Directora General de Cuidados, Humanización y Atención Sociosanitaria, y desestima el recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Médicos de Asturias contra el Decreto 87/2021, de 30 de Diciembre, en atención a que:

- a) La Dirección General de Cuidados, Humanización y Atención Sociosanitaria carece de competencias o funciones de carácter asistencial.
- b) Las funciones asignadas a esta Dirección General son funciones típicas de dirección, gestión y coordinación de servicios, pero que en forma alguna resultan inherentes a las actividades atribuidas a los licenciados

en medicina por el art. 6.2 a/ Ley 44/2003 Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

III. SALUD LABORAL

1. El acoso sexual en sanciones disciplinarias puede ser implícito si es inequívoco

STS 1569/2023, de 27 de noviembre

La sentencia confirma una sanción de suspensión de funciones durante seis meses a un exjefe del Servicio de Oncología del Hospital Universitario Fundación de Alcorcón por una infracción muy grave de acoso sexual continuado a una médico de dicho servicio, a la que nunca requirió expresamente favores sexuales, ni se propuso físicamente con ella.

La Sala considera que, *“dado que la sentencia impugnada razona muy atinadamente que el comportamiento del recurrente estuvo guiado por la libido, fue continuado durante dos años y no tuvo ninguna clase de acogida por parte de la persona afectada, que además era su subordinada, no cabe sino concluir que la calificación como infracción muy grave de acoso sexual es ajustada a Derecho”*.

2. Cese de jefe de servicio por situación de conflictividad existente en la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos

STSJ Madrid nº 60/2024, de 2 de febrero, nº rec. 548/2023

Se confirma la legalidad del cese de un Jefe de Servicio debido a la situación de conflictividad existente en la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos.

No se advierte en la decisión del Director Gerente del Hospital Universitario La Paz ninguna intención patológica por falsa, caprichosa o ajena a los requerimientos del puesto o a las exigencias de idoneidad profesional que llevaron a la elección.

Lo que se aprecia, es que la situación de conflictividad existente en la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos y los distintos hechos en que se manifestaba justificaban suficientemente un cambio en la apreciación de las condiciones subjetivas que se tuvieron en cuenta para el nombramiento como Jefe de Servicio.

IV. DERECHO LABORAL

1. Jubilación parcial de personal laboral en plaza estatutaria

STS 632/2023, 29 de Septiembre de 2023

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si el demandante tiene derecho a acceder a la pensión de jubilación parcial desde la situación de personal laboral a extinguir cuando está ocupando una plaza de naturaleza estatutaria.

No se discute la obligación que la empleadora tuviera que cumplir, en un caso ordinario en el que la plaza ocupada fuera de naturaleza laboral, sino la imposibilidad de la demandada de poder suscribir un contrato de relevo en estas concretas condiciones, en las que el trabajador es personal laboral subrogado por reversión del servicio a la administración pública y que se ha calificado como a extinguir, con mantenimiento de todos los derechos laborales, pero ocupando plaza creada como estatutaria.

La Sala considera que el hecho de estar ocupando una plaza de naturaleza estatutaria, no constituye obstáculo alguno para que pueda suscribirse un contrato de relevo:

“El hecho de que en el caso que nos ocupa se esté ante un trabajador que ocupa una plaza de naturaleza estatutaria tan solo supone que lo es a los efectos de la organización de la plantilla sin que, como refiere el art. 6 del Decreto 22/2018, altere las condiciones laborales del personal asumido que no adquiere ninguna de las condiciones del personal estatutario. El trabajador demandante es personal laboral y su existencia como tal sigue vigente y no provoca ninguna vacante porque tan solo pretende reducir su jornada en el entendimiento que la dejada tan solo va a ser atendida -compartida- por otro trabajador que le va a sustituir en ella”.

V. RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE RESIDENCIA PARA LA FORMACIÓN DE ESPECIALISTAS EN CIENCIAS DE LA SALUD

1. Reconocimiento a efectos de trienios de los servicios prestados en centros sanitarios privados

STSJ de Madrid 523/2023, 21 de junio

La Sentencia reconoce el derecho a que le sean computados, a efectos de trienios, los servicios prestados durante el periodo formativo-asistencial de especialización mediante el sistema de residencia, MIR (desde el 20 de junio de 2003 hasta el 19 de junio de 2007). Así como el resto de servicios prestados como médico adjunto en la Fundación Jiménez Díaz, (desde el 20 de junio de 2007 hasta el 26 de febrero de 2016 y desde el 7 de noviembre de 2016 hasta el 3 de julio de 2018), con los efectos económicos correspondientes, con límite de cuatro años antes de la fecha de reclamación en vía administrativa.

La Comunidad de Madrid invocaba el carácter privado de la Fundación Jiménez Díaz, en aplicación del criterio fijado por la Sala en abundantes sentencias que no han sido recurridas en casación.

La Sala invoca la STS de 28 de enero de 2020, recurso 1562/2017, según la cual la naturaleza del centro o su modo de gestión no es una circunstancia relevante para negar el derecho a la percepción de los trienios. Ello implica que los centros de carácter privado que se integren en la Red Sanitaria Única de Utilización Pública, conlleva el reconocimiento de los trienios por el tiempo en el que se prestaron servicios en este tipo de hospitales.

2. Pagas extraordinarias del personal MIR**STS de 6 de marzo nº 439/2024**

La paga extra del personal MIR podrá ser fijada por los instrumentos normativos, convencionales al efecto e, incluso, por la voluntad conjunta de las partes - todo ello en los términos del artículo 3 ET- siempre y cuando se respete la previsión del artículo 7.2 RD 1146/2006 según la cual el importe de cada una de las pagas “será, como mínimo, de una mensualidad del sueldo y del complemento del grado de formación”.

Así pues, una norma autonómica no puede minorar el importe de las pagas extraordinarias mediante la supresión de un concepto, el complemento de formación, que según lo dispuesto en la norma estatal, debe estar presente

VI. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**1. Revisión de oficio de proceso selectivo: excesivo tiempo transcurrido****STS 1509/2023, de 21 de noviembre**

En el presente caso la convocatoria es de 5 de diciembre de 2007, y el tribunal calificador publicó el 16 de julio de 2008 la relación de aspirantes que habían aprobado la fase de oposición del turno libre. Los recurrentes no impugnaron ni la resolución de convocatoria, ni la mencionada resolución de 16 de julio de 2008, ni tampoco la posterior resolución de 28 de abril de 2009 por la que se nombraron los aprobados en el proceso de selección.

En el presente caso, la revisión de oficio se planteó el 11 de diciembre de 2019 cuando había transcurrido un tiempo excesivo a pesar de que era pública y notoria la nulidad de bases idénticas a la aquí controvertida, declarada en otros procesos selectivos por sentencias de este Tribunal.

La respuesta a las cuestiones planteadas por el auto de admisión:

El transcurso de un período prolongado de tiempo entre el acto administrativo y el momento en el que se formula la solicitud de revisión de oficio, no es por sí sólo motivo suficiente para impedir la revisión de oficio de actos nulos pero sí en atención a las circunstancias concurrentes.

2. Proceso selectivo: aspirante por turno de discapacidad que supera las pruebas. Revisión del grado de discapacidad antes de la toma de posesión**STS 1370/2023, 2 de Noviembre de 2023**

La recurrente se presentó, por el turno de discapacitados, a un proceso selectivo de personal estatutario convocado por el Servicio Aragonés de Salud. En el momento de presentación de la solicitud tenía reconocida una discapacidad del 33%.

La recurrente superó todas las pruebas del proceso selectivo, si bien tras someterse con posterioridad a un proceso de revisión su grado de discapacidad se redujo al 15%, por debajo del mínimo establecido en las bases de la convocatoria.

Como consecuencia de ello, se declaró la pérdida de sus derechos debido a que las bases de la convocatoria exigían que los requisitos debían mantenerse hasta el momento de la toma de posesión.

La cuestión declarada de interés casacional objetivo es determinar cuál es el momento en que debe cumplirse el requisito relativo al porcentaje de discapacidad para participar en un proceso selectivo por el turno de discapacitados.

La respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo es que el momento en que debe cumplirse la condición relativa al porcentaje de discapacidad para participar en un proceso selectivo por el turno de discapacitados es el establecido en las bases de la convocatoria correspondiente.

Ello no es obstáculo, sin embargo, para que quien ha participado en un proceso selectivo por el turno de discapacitados, ha aprobado todas las pruebas y solo en un momento posterior deja de tener el porcentaje de discapacidad requerido por las bases de la convocatoria pueda ser tenido por aprobado en el turno general; algo que dependerá de que haya obtenido mejor puntuación que alguno de los aprobados en dicho turno general, o que en este hayan quedado plazas sin cubrir.

VII. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES SANITARIOS

1. Gratuidad de la primera copia de la historia clínica

STJUE de 26/10/2023, Asunto C-307/22

El objeto de la controversia gira en torno a la negativa de un dentista a comunicar gratuitamente a su paciente una primera copia de su expediente médico.

El Tribunal de Justicia recuerda que para dar debido cumplimiento al derecho del paciente de acceso a su historia clínica, no es suficiente con la entrega de resúmenes de los documentos que conforman el contenido de su historial:

“...la entrega de un mero resumen o de una compilación de estos datos por el médico, con el fin de presentarlos en forma sintética, podría crear el riesgo de que se omitan o se reproduzcan incorrectamente determinados datos pertinentes o, en todo caso, de que se dificulte al paciente tanto la comprobación de su exactitud y exhaustividad como su comprensión”.

Respecto a la entrega gratuita de la primera copia, el Tribunal advierte que la gratuidad no depende del motivo que haya invocado el solicitante para justificar su solicitud:

“Ni el tenor del artículo 12, apartado 5, del RGPD ni el del artículo 15, apartados 1 y 3, de dicho Reglamento condicionan la entrega a título gratuito de una primera copia de los

datos personales a que el interesado invoque un motivo para justificar su solicitud. Por lo tanto, estas disposiciones no dan al responsable del tratamiento la posibilidad de exigir que se motive la solicitud de acceso presentada por el interesado”.

VIII. EL DERECHO DE ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA NO SE CONFIGURA EN UNA VÍA PARA OBTENER INFORMACIÓN EN TORNO A LA IDENTIDAD DE TERCERO QUE PUDIERA HABER ACCEDIDO AL HISTORIAL CLÍNICO

SAN de 10 de enero de 2024, nº rec. 223/2022

La Audiencia Nacional inadmite recurso contra la inadmisión de reclamación interpuesta ante la AEPD, debido a que *“el derecho de acceso no se configura en una vía para obtener información en torno a la identidad de tercero que, dentro de la organización del responsable del fichero, pudiera haber accedido al historial clínico”.*

1. Derecho del paciente a conocer la identidad de los profesionales sanitarios que hayan materializado el acceso a su historia clínica.

Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía. Dictamen 3/2023, de 8 de noviembre, relativo a la procedencia de facilitar al paciente información relativa a la identidad de los profesionales sanitarios que hayan materializado el acceso a su historia clínica en virtud del ejercicio del derecho de acceso previsto en el artículo 15 del Reglamento General de Protección de Datos.

El Consejo en su Dictamen sobre el derecho a conocer la identidad de las personas empleadas que han accedido a la historia clínica de un paciente, a partir de la reciente sentencia de 22 de junio de 2023, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), extrae las siguientes conclusiones:

1) El significado amplio que da el RGPD al concepto de «dato personal» implica que tiene la consideración de datos personales tanto el contenido mínimo de la historia clínica establecido por el artículo 15 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, como la información resultante de las consultas a dicha historia realizada por las personas empleadas del responsable del tratamiento.

2) En virtud del derecho de acceso a los datos personales reconocido por el artículo 15 del RGPD, el paciente tiene derecho a obtener del responsable del tratamiento acceso a la información relativa a las fechas y finalidades de las consultas a su historia clínica.

3) No se consagra el derecho del paciente a obtener información relativa a la identidad de los profesionales asistenciales que llevaron a cabo operaciones de consulta de dicho historial, a menos que esa información sea indispensable para permitir al paciente el ejercicio efectivo de los derechos que le confiere el RGPD, y siempre bajo la condición de que se tengan en cuenta los derechos y libertades de quienes efectuaron las referidas consultas.

La ponderación deberá seguir los pasos recogidos en el apartado 173 de las Directrices 1/2022:

- a) Podría proporcionarse, según el caso concreto, una información suficiente para que el interesado pudiera comprobar la licitud del tratamiento de sus datos personales, sin alcanzar a revelar la identidad de los empleados.
- b) Si es imposible encontrar una solución para conciliar los derechos relevantes, sería recomendable que el responsable, antes de decidir sobre el ejercicio del derecho de acceso, otorgara a cada una de las partes afectadas la oportunidad de expresar su opinión, pudiendo realizar las alegaciones o aportar la documentación que estimen oportuno para la defensa de sus intereses

4) Si el responsable pudiera comprobar de manera fehaciente e irrefutable que un empleado hubiese actuado sin cumplir con los procedimientos establecidos y tratado datos personales para su propia finalidad, entonces dicho empleado sí tendría la condición de destinatario y el responsable tendría la obligación de informar al interesado de la identidad de éste sin mayor análisis.

- a) El responsable del tratamiento deberá revisar la información proporcionada a los profesionales sanitarios sobre el tratamiento de sus datos personales en el uso de las historias clínicas y trasladar a los mismos las posibles comunicaciones a pacientes de datos sobre sus accesos en virtud de una obligación legal, así como actualizar convenientemente el inventario de actividades de tratamiento.

- b) El responsable del tratamiento debe advertir al paciente al que se le proporciona la identidad del personal que ha accedido a su historia clínica, que tendrá la condición de responsable de tratamiento en relación al uso que de dichos datos personales haga y por tanto sujeto a la normativa vigente en materia de protección de datos.

2. Acceso por el servicio de prevención de riesgos laborales de los empleados públicos a las historias clínicas de éstos

AEPD. Consulta 0055/2023

La AEPD declara que ni la legislación sanitaria, ni la legislación de prevención de riesgos laborales ampara el uso de los datos clínicos recogidos con fines asistenciales por parte del personal del servicio de prevención para fines de salud laboral.

Asimismo, manifiesta que tampoco la legislación de protección de datos habilitaría en este sentido al personal sanitario de prevención de riesgos laborales sin contar con el consentimiento del paciente, pues la previsión recogida en el art. 9.2 del RGPD no se puede interpretar como una habilitación erga omnes para que los Servicios de Prevención puedan tratar datos de salud para cualquier finalidad.

3. Condena: acceso indebido a historia clínica. Criterio jurisprudencial

STS nº 104/2024, de 1 de febrero, nº rec. 7165/2021

El Alto Tribunal hace un repaso por las principales características de la parte subjetiva del delito del art. 197.2 CP:

- a) Se trata de un delito doloso, pero no de tendencia, basta que el sujeto se represente la posibilidad de que cualquier persona pudiera resultar afectada por la utilización de sus datos, sin exigir un ánimo específico de perjudicar a tercero.
- b) El delito se consuma tan pronto el sujeto activo accede a los datos, tan pronto los conoce y tiene a su disposición, sin necesidad de un ulterior perjuicio, pues sólo con eso se quebranta la reserva que los cubre.
- c) Cualquiera de las conductas típicas del art. 197.2 CP debe realizarse en perjuicio del

titular de los datos o de un tercero, incluido el mero acceso. El perjuicio se refiere al peligro de que los datos albergados en los ficheros puedan llegar a ser conocidos por personas no autorizadas, sin que resulte necesario la producción de un resultado. Pero en los casos analizados es lo que ocurrió con las cesiones.

- d) Se trata de un delito intencional de resultado cortado cuyo agotamiento tendría lugar si los datos se difunden a persona no autorizada.
- e) El acceso a los datos sensibles, su apoderamiento o divulgación comporta ya ese daño a su derecho de mantenerlos secretos u ocultos, integrando el perjuicio exigido, mientras que los datos no sensibles, no es que no tengan virtualidad lesiva, sino que debe acreditarse su efectiva concurrencia.

4. Intercambio de información de la historia clínica de los trabajadores entre los médicos del servicio público de salud y los médicos de las Mutuas

Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD N/ REF: 0041/2023

La consulta plantea una serie de cuestiones relacionadas con la legitimación para el tratamiento de datos personales mediante el intercambio de información de la historia clínica de los trabajadores entre los médicos del servicio público de salud y los médicos de las Mutuas.

La AEPD, tras el estudio de la normativa aplicable, concluye que sí existe legitimación para el tratamiento de los datos de salud por los Servicios Públicos de Salud y las mutuas en los procedimientos de incapacidad temporal, amparada en los artículos 6.1. e) y 9.2 h), del Reglamento (UE) 2016/679.

No obstante, la Agencia realiza tres advertencias finales:

- 1) Límites y garantías:

“Dicha legitimación no permite un intercambio de la información que forma parte de la historia clínica como el que se pretende en la consulta, ya que, tal y como se ha analizado en el presente informe, los tratamientos de datos de salud deben realizarse en los términos y con observancia de las limitaciones y garantías específicas recogidas en las normas legales que los legitiman, que no han previsto dicho intercambio

generalizado, facultando el acceso a las historias clínicas, con carácter general, a las entidades gestoras y a la inspección médica.”

- 2) Es posible la entrega de datos sanitarios de un centro sanitario a una Mutua de AT/EP, pero si existe vinculación y ese acceso se produce a través del Servicio de Inspección Médica:

“Por otro lado, un tratamiento como el pretendido también podría ser contrario a los principios recogidos en el artículo 5 de dicho Reglamento. En este sentido, ya existen precedentes de sanciones impuestas por esta Agencia como consecuencia de la infracción de dichos principios en casos análogos al planteado, como el PS/00262/2021, en el cual se sancionó a un centro médico que facilitó a una mutua datos de salud previos a la realización de la prueba que había realizado a instancia de la mutua, por infracción del principio de confidencialidad del artículo 5.1.f) del RGPD”

- 3) El consentimiento del paciente no es base jurídica legitimadora:

“...debe recordarse que en estos supuestos se presume que el mismo no es libre, tal y como se recoge en el Considerando 43 del RGPD”.

IX. PRESTACIÓN FARMACÉUTICA

1. Discriminación a la madre de un niño con una enfermedad rara por no tramitar su petición de medicamento no autorizado

STS 795/2024, de 19 de febrero

La madre contaba con la recomendación del tratamiento del especialista que trataba a su hijo, y aportaba una certificación con la que acreditaba que en ese momento había 33 pacientes afectados por la misma patología que estaban siendo tratados con ese fármaco en España.

La negativa del hospital a tramitar la solicitud se basó en informes emitidos por diferentes instituciones a nivel estatal y autonómico, y en que el fármaco estaba excluido del SNS.

La Sala establece que *“la solicitud del acceso a la financiación pública de un fármaco a través de una autorización excepcional del artículo 18 del Real Decreto 1015/2009 no permite que quien postula su tramitación pueda ser discriminado con*

la imposición de una carga probatoria de indicios que alcance incluso a las circunstancias individualizadas de otros pacientes beneficiarios de la misma autorización excepcional en el Sistema Nacional de Salud". Y añade "...era la Administración la que venía obligada a probar, no solo que su actuación fue absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales, sino también que la vulneración que se le atribuye no representaba objetivamente actos contrarios a la prohibición de discriminación".

La sentencia considera que se debió tramitar la solicitud presentada ya que "es evidente que en este caso la parte solicitante de la autorización excepcional, además de contar con la recomendación del tratamiento por parte del especialista que le venía dando asistencia médica en el HSJD, justificó sobradamente la existencia de autorizaciones excepcionales a otros pacientes dentro del Sistema Nacional de Salud".

Así pues hubo trato discriminatorio e injustificado "...máxime cuando al momento de la solicitud el Ataluren estaba autorizado, aunque de manera condicional para el tratamiento de aquellos pacientes que, como el hijo de la recurrente, padecían distrofia muscular de Duchenne debida a una mutación sin-sentido en el gen de la distrofina (diagnóstico genético) a partir de los 5 años que conserven la capacidad de deambulación".

2. Reintegro de gastos sanitarios en supuesto de medicamentos de uso compasivo

STSJ Cataluña nº 2853/2023, de 8 de Mayo, nº Rec. 7977/2022

Don Manuel solicitó el reintegro de los gastos del medicamento sofosbuvir (Sovaldi) que necesitaba con urgencia debido al empeoramiento de su enfermedad.

Ya se había autorizado previamente el "uso compasivo" de dos antivirales, si bien no se pudo suministrar el segundo porque el laboratorio que los vendía inició negociaciones con la administración para su compra. Por tal motivo, la familia adquirió el medicamento en el país de fabricación.

El Servei Català de la Salut desestimó la solicitud de reintegro de gastos por considerar que el tratamiento no revestía las notas de urgencia, inmediatez y carácter vital.

La Sala desestima el recurso de suplicación interpuesto por Servei Català de la Salut, en atención a los siguientes argumentos:

1) Debe primar la vida del menor. Urgencia vital.

"La decisión de la familia de comprar el anti-viral, ante el peligro que corría la vida del menor, fue legítima, y no solo suplió una carencia administrativa originada por la paralización de uso compasivo de dicho medicamento, sino que evitó su muerte prematura.

Ante una situación muy grave con un riesgo de muerte superior al 50% fue legítima la opción de la familiar de adquirir el medicamento para poder continuar con el tratamiento que ya se había iniciado".

2) No puede primar consideraciones de índole comercial.

"El hecho de que laboratorio que los vendía iniciase negociaciones con la administración para su compra, no puede ser causa que justifique ni que impida a los familiares a la vista de la grave situación por la que estaba pasando el paciente, conseguirlo directamente en el país donde los fabricaban".

3) No pueden primar consideraciones de índole formal:

"Es cierto que con relación al uso compasivo de medicamentos no autorizados el RD 1015/2009 exige una previa autorización de comercialización, pero en el caso, la Sala considera que el solo hecho de que no se cumplieran estos requisitos de forma en cuanto a la petición previa de autorización para la compra del medicamento no autorizado, no puede enervar el derecho al reintegro cuando se trata de una situación de urgencia vital."

3. Derecho del paciente a medicamento Reblozyl no incluido en la prestación farmacéutica del SNS: igualdad de condiciones con pacientes de otras CCAA

STSJ Región de Murcia nº 464/2023, de 28 de septiembre, nº rec. 84/2023

La Administración acordó no instaurar el medicamento Reblozyl para el tratamiento del Síndrome Mielodisplásico que sufre el paciente, al no estar incluido en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.

Dicho medicamento se suministra en las restantes CCAA en situaciones especiales conforme al

RD 1015/2019, para tratamientos de pacientes con la misma patología.

Para la Sala, se ha visto afectado el principio de igualdad:

“...pues 161 pacientes que sufrían síndrome mielodisplásico habían recibido tratamiento con Reblozyl según la AEMPS desde 2016 hasta el 20 de junio de 2022, tratamiento instaurado a través de medicamentos en situaciones especiales, es decir, conforme al RD 1015/2019, en 14 Comunidades Autónomas.

Por lo que es evidente que, de no suministrarse este medicamento a la recurrente con el mismo síndrome que el sufrido por los pacientes de esas Comunidades Autónomas, se estaría vulnerando el principio de igualdad en la aplicación de la Ley por el trato desigual en supuestos sustancialmente idénticos, siendo mejor tratados los de otras Comunidades Autónomas, produciéndose una agravio comparativo, derivado solo del lugar donde resida la paciente, respecto del mismo medicamento y para tratar el mismo síndrome. La autonomía de las Comunidad Autónomas en la gestión de sus servicios sanitarios no puede justificar la denegación de este medicamento, que ciertamente no está incluido en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, pero que se suministra en las restantes comunidades en situaciones especiales conforme al RD 1015/2019, para tratamientos de pacientes con la misma patología.”

4. Derecho de un paciente con una enfermedad ocular rara a recibir un medicamento denegado por Servicio Extremeño de Salud

STS 610/2024 de 11 de marzo

El paciente padece neuropatía óptica hereditaria de Leber, consistente en la pérdida de la visión central y en atrofia que afecta a ambos ojos.

El paciente adujo ante el Servicio Extremeño de Salud que existe un tratamiento con el principio activo idebenona, con nombre comercial Raxone, que ayuda a mejorar la producción de energía, a restaurar la función de las mitocondrias afectadas por las mutaciones y evita el daño celular y la pérdida de visión. Se trata, explicó, de uno de los medicamentos llamados huérfanos.

La Administración extremeña alegó que no debía aceptar la solicitud porque la financiación de Raxone está expresamente excluida en el Sistema

Nacional de Salud, y porque atenderla supondría vulnerar el principio de igualdad establecido por el artículo 91 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, así como su artículo 92.

El Supremo estima el recurso del paciente y destaca que el derecho a la protección de la salud está entre los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título Primero de la Constitución. Añade que *“la pérdida de la visión es una merma muy seria que afecta a la integridad física protegida por ese precepto constitucional. Por tanto, no está fuera de lugar que haya acudido al procedimiento previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción, ni carece de relevancia la forma en que se aplican las reglas sobre la dispensación de medicamentos a la vista de su artículo 121. De otro lado, la mayor o menor incidencia de Raxone en el desarrollo de la enfermedad no le quita gravedad como parece sugerir la sentencia de apelación”*.

X. PRESTACIONES SANITARIAS

1. Programa informático de citas médicas: no es un sistema de triaje

STSJ de Galicia 89/2024, de 22 de marzo, nº rec.7092/2023

Estamos ante un instrumento que sustituye al sistema tradicional de citas a los pacientes por su turno de llegada al Centro de Salud, para pasar a otro previamente diseñado por una comisión de expertos que ha elaborado un manual de ayuda y orientación para la adecuada y eficaz gestión de las citas previas de los pacientes, lo que no se agota con su exclusivo examen por el facultativo o sanitario no facultativo para su diagnóstico, pronóstico y tratamiento, sino que requiere de la intervención de todos los profesionales y empleados que integran el Equipo de Salud, entre ellos los estatutarios del área administrativa (personal de servicios generales), que son los que reciben en primer lugar a los pacientes y que se limitan a incorporar al programa los datos sobre los motivos de la consulta que aquéllos les facilitan, sin que en modo alguno realicen una valoración clínica de su estado, ni de sus signos o sintomatología, ni realicen interpretación alguna de lo que solicitan, ya que -previa la formación facilitada al efecto- se limitan a incorporar al programa los síntomas que los pacientes les declaran.

Por todo lo anterior cabe colegir que la ejecución de la programación de citas “Xide” por el personal estatutario de servicios generales ni es un triaje, ni un sistema “encubierto” de triaje, pues no va encaminado a valorar o diagnosticar al paciente.

Finalmente, no ha quedado acreditado que la confidencialidad haya quedado comprometida con la metodología que impuso la ejecución del programa “Xide”.

2. Desestimación del recurso de inconstitucionalidad de VOX: el TC avala penalizar el acoso a las mujeres que acuden a una clínica para la interrupción voluntaria del embarazo

STC 75/2024, de 8 de mayo

El delito de acoso para obstaculizar el ejercicio del derecho a la IVE pretende la protección de un interés con cobertura constitucional suficiente, como es la garantía de la libertad de las mujeres para interrumpir de forma voluntaria su embarazo, y además está conectado con el ejercicio de derechos fundamentales (arts. 15 y 43 CE) por parte de las personas identificadas como sujetos pasivos del delito.

La sentencia del TC niega que el art. 172 quater CP produzca por su severidad un sacrificio innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad de expresión o el derecho de manifestación.

En relación con el derecho a la intimidad de las víctimas del delito, el Pleno sostiene que, si bien la persecución de oficio del comportamiento punible en este caso puede incidir en la intimidad de la víctima que ha decidido no denunciar y no exponer sus vivencias en torno a la decisión abortar, ese sacrificio se justifica por el interés público propio de la investigación del delito y porque el libre ejercicio del derecho a la IVE tiene una proyección general relacionada con la garantía al igual disfrute, entre hombres y mujeres, del derecho a la salud sexual y reproductiva.

3. Desestimación de recurso de inconstitucionalidad contra la LO 3/2021, de 24 de marzo, presentado por el Grupo Parlamentario Popular

STC 94/2023 de 12 de septiembre de 2023

Como ya sucediera con el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo parlamentario VOX contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, objeto de

comentario en el Congreso “Derecho y Salud” celebrado en Málaga en 2023, el recurso interpuesto por el Grupo parlamentario Popular ha corrido idéntica suerte.

Con carácter general la práctica totalidad de las censuras de inconstitucionalidad son coincidentes con las planteadas por VOX, sobre las que se pronunció la STC 19/2023, de 22 de marzo.

Sí son cuestiones novedosas las siguientes:

No intervención, a lo largo del desarrollo de procedimiento administrativo previo y obligatorio para comprobar la concurrencia de los requisitos de acceso a la prestación de la ayuda para morir, de determinados profesionales –psiquiatra.

1) Se entiende necesaria e imperativa, a los efectos de reforzar las garantías del sistema, la realización de una entrevista personal al solicitante por parte de la comisión de garantía y evaluación, además del examen individual por los profesionales de salud mental.

2) Se reprocha al sistema no ofrecer suficientes garantías relativas al conflicto de intereses en relación con los centros privados y concertados.

3) Ausencia de definición en el art. 5.1 c) LORE de lo que ha de entenderse por “presión externa” y a la indeterminación del procedimiento que deberá llevarse a cabo para efectuar su evaluación

Respecto de todas ellas, el TC manifiesta que el sistema diseñado por la LORE ofrece garantías suficientes para la protección de los derechos fundamentales concernidos. El procedimiento exige:

1) “Reiteradas solicitudes del paciente realizadas con determinadas formalidades, en garantía de la voluntariedad y la firmeza de su decisión [arts. 5.1 c), 8.1, 8.2 y 8.3];

2) Varios plazos mínimos de espera, en protección del necesario carácter reflexionado de una decisión tan trascendente [arts. 5.1 c), 8.1 y 8.2];

3) Deberes de motivación y justificación documental específicos [arts. 4.2, 5.1 c) y e), 6.2, 6.3, 7.2, 8.3 y 10.3];

4) Intervención en dicho procedimiento de varios profesionales médicos desvinculados entre sí [el ‘médico responsable’ y el ‘médico consultor’: arts. 3 d) y e) y 8] y de un órgano colegiado independiente formado por personal médico, de enfermería y juristas (la comisión de garantía y

evaluación: arts. 10, 12, 17 y 18), prohibiéndose expresamente que intervengan ‘quienes incurran en conflicto de intereses’ y ‘quienes resulten beneficiados de la práctica de la eutanasia’, cautela que conecta con la previsión de que la prestación podrá realizarse en centros sanitarios públicos, privados o concertados y en el domicilio, sin que ello pueda afectar a la calidad asistencial (art. 14)” .

4. Denegación de la eutanasia si la depresión grave puede mejorar

STSJ de Cantabria, nº 217/2023 de 12 Junio, Rec. 130/2022

La recurrente es una paciente autónoma, con pronóstico de vida no limitado, y su enfermedad (depresión grave) *tiene probabilidades de mejora:*

“que su enfermedad es grave y le causa tristeza y desesperanza extrema, que podría ser tratada medicamente. La paciente no ha agotado sus alternativas terapéuticas que ofrecen la posibilidad de una mejora real. Que el deseo de muerte de la recurrente es una sintomatología de su enfermedad”.

5. Eutanasia: La distocia social puede facilitar la decisión de la persona de adelantar la muerte, pero ni es enfermedad grave e incurable ni tiene carácter imposibilitante

STSJ Illes Balears nº 36/2024, de 12 de enero, nº rec. 558/2022

La paciente solicitante de la prestación sanitaria de ayuda para morir, presenta cuadro clínico de cefalea continua resistente a tratamientos, con reagudizaciones asociados a distorsión visual. Además dolores generalizados que impiden actividades de la vida diaria. Disnea a moderados esfuerzos, tiene que parar cada pocos metros. Manifiesta una mala calidad de vida, falta de atención social y familiar, refiere padecer un padecimiento grave, crónico e imposibilitante, y no quiere someterse a más exploraciones ni se plantea ninguna opción quirúrgica más.

La Sala confirma la resolución desestimatoria de la Comisión por las siguientes razones:

1) El padecimiento grave, crónico e imposibilitante que incide directamente sobre la autonomía física de la persona ha de impedirle “valerse por sí misma” (art. 3.b LORE). Y en el caso de

la demandante consta que vive sola en su casa y sus limitaciones ambulatorias no le impiden desplazarse a las consultas médicas. No puede equipararse “dificultad” para valerse por sí misma con “imposibilidad” para valerse por sí misma.

2) La enfermedad ha de ser grave e incurable y la Comisión valora que la MPOC que padece está clasificada como moderada, y que los servicios de neurocirugía proponen tratamiento para mejorar su situación clínica con respecto a los episodios de cefalea que soporta.

3) La Ley exige que la enfermedad cause sufrimientos insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable y, en el caso, los servicios de atención domiciliaria del servicio de salud indican que pueden prestar atención domiciliaria y facilitar tratamiento analgésico poco agresivo. Es la actitud de la paciente no atendiendo a las recomendaciones (no toma medicación analgésica y no usa de forma habitual inhaladores) lo que genera tales padecimientos.

4) La enfermedad ha de originar sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables “sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable”. Y aunque esta expresión sugiere que es el propio paciente el que puede decidir lo que para él es o no tolerable -o decidir hacer o no uso de elementos de alivio como los analgésicos, de modo que la decisión de no hacer uso de los mismos habilita para la concurrencia del supuesto legal- no parece que sea ésta la intención del legislador pues exige una valoración externa de si la enfermedad lo es de las que no permiten alivio tolerable. Esto es, si como ocurre en nuestro caso, es la propia paciente la que no admite los tratamientos no invasivos que le posibilitarían alivio a sus dolencias mediante simples analgésicos, no se entra en el supuesto legal.

5) La norma exige que la enfermedad conlleve un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva. Como se indica en los informes de la Comisión, algunas de las patologías están estabilizadas desde hace tiempo y no hay otra progresión desfavorable que la inherente al avance de la edad unido al rechazo a las alternativas terapéuticas ofrecidas.

6) Los distintos informes que reflejan aquello que expresa la paciente, denotan que los padecimientos físicos y psíquicos vienen desde luego motivados por las enfermedades que aqueja, pero también por la falta de atención social y familiar que le sirviese de apoyo.

6. Vulneración del derecho a la integridad física y moral de la gestante por su derivación a un centro sanitario privado de otra comunidad autónoma para practicar la interrupción del embarazo

STC 78/2023, DE 3 DE JULIO

La STC se pronuncia sobre el recurso de amparo interpuesto por una mujer residente en la CA de Murcia, embarazada, que tras someterse a diversas pruebas médicas le confirmaron el diagnóstico de agenesia completa del cuerpo calloso en el feto. Con esta información, la recurrente finalmente decide abortar, acogiéndose a la excepción prevista en el art. 15 c) LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

La paciente tuvo que desplazarse a la Comunidad Autónoma de Madrid para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en un centro sanitario privado, debido a que según manifiesta la Administración, ningún facultativo del Servicio Murciano de Salud había pedido practicar interrupciones voluntarias del embarazo.

La Sala se pronuncia sobre la naturaleza y alcance del derecho de la mujer a interrumpir el embarazo, y como ya anticipara en la STC 44/2023, declara que resulta procedente la interposición de recurso de amparo frente a cualquier violación del derecho a la mujer a interrumpir el embarazo.

Respecto a la cuestión de fondo, manifiesta que nada hubiese impedido realizar la intervención que precisaba la gestante en su comunidad de origen, ya que las afirmaciones realizadas por el director gerente del área I no son suficientes para entender acreditado que la totalidad de los especialistas en ginecología/obstetricia del hospital y Servicio Murciano de Salud estuviesen acogidos a la objeción de conciencia para la práctica de abortos en los hospitales públicos:

“...en el presente caso el Servicio Murciano de Salud, al derivar a la recurrente a una clínica privada de Madrid para la práctica de la interrupción del embarazo sin acreditar que concurrían circunstancias excepcionales que impidiesen a los servicios públicos de salud de la Región de Murcia realizar esta prestación en tiempo, no solo ha vulnerado el art. 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010, en la redacción entonces vigente, sino que también ha lesionado el derecho fundamental de la recurrente a interrumpir su embarazo con las garantías legales...”

Una de estas garantías legales consiste en que la interrupción del embarazo se practique por los servicios públicos de salud de la comunidad autónoma donde reside la mujer gestante, salvo que concurra la excepción señalada:

“A través de esta medida la ley trata de asegurar que la interrupción del embarazo se lleve a cabo del modo menos gravoso para la mujer tratando de evitar desplazamientos, que, además de provocar gastos, pueden ser perjudiciales para quien acaba de ser objeto de una intervención médica de estas características, y de garantizar, en la medida de lo posible, que la mujer que va a interrumpir el embarazo, que se encuentra en una situación de vulnerabilidad física y emocional, no salga de su entorno habitual y pueda contar con los apoyos de sus allegados para hacer frente a esta difícil situación del modo menos traumático posible”.

7. Reintegro de gastos sanitarios por operación de cambio de sexo a una persona transexual

STSJ de Canarias de 19 de octubre de 2023

El actor es una persona transexual diagnosticado con un trastorno de disforia de género que había solicitado procedimientos médicos específicos, como la faloplastia. La solicitud de faloplastia le fue denegada por el Servicio Canario de la Salud debido a la supuesta falta de un centro de referencia adecuado.

El recurrente, ante la situación de ansiedad por el retraso en la atención médica, con ideas autolíticas, decide someterse a la faloplastia en una clínica privada de Barcelona.

La Sala considera que en este caso concurren el requisito de urgencia vital, y acreditado el requisito de imposibilidad de acceso a los servicios de la Seguridad Social, ya que no se proporcionaron alternativas claras ni se realizaron gestiones adecuadas para derivar a la actora a un centro de referencia.

8. El Tribunal Supremo reconoce el derecho de las pacientes de la sanidad pública a decidir el destino de las células madre

STS nº 192/2024, de 5 de febrero, nº rec 4628/2021

El ATS de junio de 2022 estableció como cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la siguiente:

1) Determinar si la previsión recogida en el art.11 del Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, referida a la necesaria suscripción de un acuerdo de colaboración entre la unidad de obtención de las células madre del cordón umbilical y el establecimiento de tejidos supone la imposición de una obligación legal al correspondiente Servicio de Salud al poder considerar la misma presupuesto necesario para hacer efectivo el derecho de la usuaria a conservar las células madres del cordón umbilical para un uso autólogo eventual.

2) De ser resuelta en sentido afirmativo la cuestión anterior, determinar si el ejercicio de ese derecho podría suponer la ampliación, vía judicial, de la cartera de servicios reconocida en el Sistema Nacional de Salud o si, se trata del mero ejercicio de un derecho previsto en el mencionado Real Decreto-ley.

El TS concluye que:

“Las Comunidades Autónomas, en el ejercicio legítimo de sus competencias en materia sanitaria y respetando los servicios comunes establecidos por el sistema nacional, pueden optar: bien porque sus hospitales públicos incluyan la prestación del servicio consistente en poner a disposición de los pacientes la posibilidad de conservar las células o tejidos para su uso autólogo eventual; bien por no prestar este servicio, restringiendo la conservación y almacenamiento de la sangre del cordón umbilical a los supuestos de donaciones a terceros (uso alogénico)”.

Pero, en este último caso, *“debe preservarse el derecho de las usuarias del servicio público de salud a decidir sobre el destino del cordón umbilical, permitiendo así la viabilidad de la legítima opción que la ley confiere a la paciente consistente en obtener y conservar las células madre existentes en la sangre del cordón umbilical para uso autólogo eventual. De modo que no puede impedir que los usuarios de un hospital público se vean privados de poder ejercer el derecho reconocido en el art. 7.2 de la Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, al negarse a suscribir el protocolo necesario que permita que la paciente pueda conservar sus células madre en un centro privado externo debidamente autorizado para ello”*.

XI. RESPONSABILIDAD SANITARIA

1. Lista de espera excesiva: Angustia y sufrimiento por la espera durante un lapso de tiempo inaceptable y exagerado

STSJ de Cataluña, nº 3981/2023 de 5 diciembre

El tiempo de espera de 1.060 días soportado por la paciente, para el tipo de intervención a la que se somete (tumor cerebral), considerada de “bajo riesgo”, viene justificado por la Administración sanitaria por razón de la necesidad de atender otros casos más graves, considerados de una mayor prioridad.

Considera la Sala que se trata de un hecho notorio, objetivable, a tenor de la lógica y el sentido común, el padecimiento, la angustia y el sufrimiento de la paciente que con un tumor (meningioma) aunque benigno situado en su cabeza ha de esperar durante un período de tiempo (1.060 días, esto es, 2 años, 19 meses y 24 días) que excede con creces y de forma exagerada el aceptable (365 días, esto es, 1 año), en términos normativos y médicos, además sin proporcionársele la información debida cuando reclama en fechas 18 de febrero y 6 de junio de 2016, desconociendo cuándo iba a ser operada.

Ese padecimiento, esa angustia y ese sufrimiento derivado de la permanencia en la lista de espera durante un lapso de tiempo inaceptable y exagerado, constituyen un daño moral, indemnizable.

2. La información de las distintas técnicas quirúrgicas no forma parte de la información básica

STSJ Castilla la Mancha nº 10011/2024 de 25 de enero, nº rec 126/2021

La reclamante alega que el equipo de ginecología que iba a intervenir conocía que la paciente sufría endometriosis o síndrome adherencial y, a pesar de ello, en ningún momento se comunicó en el consentimiento informado los riesgos por sufrir dichas adherencias y las posibles técnicas alternativas.

La Sala entiende que la cuestión controvertida en este caso no es si resultaba más aconsejable la técnica de laparoscopia frente a la laparotomía, sino si se privó a la paciente de la posibilidad de elegir entre una y otra técnica y los riesgos de una y otra.

La información de las distintas técnicas quirúrgicas no forma parte de la información básica (art.

10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre) ni tampoco era exigido por la legislación vigente cuando ocurrieron los hechos (Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad y Ley 8/2000 de 30 de noviembre de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha). Señala que la elección de la concreta técnica sanitaria no corresponde al paciente sino al médico, ya que requiere de conocimientos técnicos complejos.

3. La Administración no está obligada a informar en todo caso la gestante de la realización de la prueba de amniocentesis

STSJ de Cataluña, nº 480/2024 de 16 Febrero, nº Rec. 1159/2021

La recurrente, de 32 años, embarazada, acudió para el control de su primera gestación. Se inició la historia clínica y fue visitada en diferentes ocasiones realizándose pruebas analíticas y ecográficas.

A las 10 semanas de gestación se realizó la prueba de estimación del riesgo combinado bioquímico-ecográfico de imagen de trisomías del primer trimestre, con el resultado de bajo riesgo.

La segunda ecografía se realizó en la semana 20 de gestación (segundo trimestre), en el mismo centro hospitalario, resultando sin anomalías, al igual que la tercera ecografía.

La gestante dio a luz a su hija con 3.160 gramos de peso, y test d'Apgar 9/10, con diagnóstico de Síndrome XXXXXX.

La Sala concluye que no existieron omisiones en las pruebas protocolizadas, ni en el diagnóstico de los resultados. Se practicaron y evaluaron correctamente las pruebas pertinentes tendentes a efectuar el control del embarazo.

Por lo que respecta al supuesto incumplimiento por parte de los facultativos de su obligación de información sobre las deficiencias del feto, se alega falta de información de que podía confirmar el cribado de cromosopatía de bajo riesgo con la prueba idónea, que es la amniocentesis y su posible realización incluso en la sanidad privada. Se entiende que para poder optar (en el plazo legal) a la interrupción del embarazo.

La Sala descarta la obligación de la Administración sanitaria de informar de la posibilidad de acudir a centros privados para la práctica de esta prueba invasiva, que, por otro lado, de ser procedente, ha de ser ofrecida por el propio servicio público de salud,

y el derecho de la gestante a que se le informara por escrito en todo caso a que se le practicase la prueba de la amniocentesis.

4. Consentimiento informado por escrito en la implantación de un DIU. La Administración omitió información sobre la existencia de alerta sanitaria

STSJ de Galicia nº 157/2024 de 6 Marzo, nº de rec 231/2023

La paciente decide implantarse un DIU no hormonal y manifiesta “entender y aceptar el método”. Se le coloca un DIU Gold-T de tamaño normal, y se le entrega una tarjeta donde consta la fecha de implantación, y la de extracción. Se cita para control en el plazo de 6-8 semanas.

En el control ecográfico posterior la usuaria refiere estar satisfecha con el método. No existe la solicitud de nuevas visitas de seguimiento posteriores, ni para la realización de revisión ginecológica, incluida la realizada en el contexto del cribado de cáncer de cérvix que por edad le hubiera correspondido; tampoco constan visitas solicitadas por la aparición de sintomatología relacionada con el dispositivo.

Sin embargo en la siguiente consulta ginecológica que consta, la paciente acude por un test positivo de embarazo. En la ecografía que se le realiza se visualiza un embrión de 9 mm con latido positivo, compatible con siete semanas; sin que se visualice DIU en cavidad ni hilos de DIU.

Meses antes de conocer el estado de gestación, la empresa EUROGINE S.L. envió una nota de aviso donde informaba de la retirada del mercado de determinadas referencias y lotes de los dispositivos intrauterinos (DIU) ANCORA. NOVAPLUSO y GOLD TO, debido a la posible rotura de los brazos horizontales en el momento de la extracción.

La Sala declara que la colocación o inserción del DIU requiere la firma de un consentimiento informado, a lo que habría que añadir que tras conocerse la existencia de una comunicación por parte de la AEMPS, la Administración debería haber actuado con más prudencia en cuanto a la información que debería haber facilitado a la paciente.

Por tanto hubo mala praxis al no haber actuado la Administración con la prudencia que le era exigible, por lo que procede indemnizar los daños morales por molestias derivadas de embarazo y parto, la noticia del embarazo no deseado ni esperado, y el lucro cesante de la economía familiar derivado del nacimiento de un tercer hijo.

No obstante toma en consideración el hecho de que la usuaria tenga la condición de profesional sanitaria (enfermera) para minorar el importe de la indemnización, pues se considera que una persona de diligencia media y que, como ocurre en este caso, tiene además formación sanitaria, que abarca también aspectos de ginecología, debiera haber percibido la expulsión del DIU, o haber puesto los medios para ello mediante autoexploración o revisiones ginecológicas.

5. Discrepancia de los progenitores acerca de la necesidad y conveniencia de vacunar a su hija menor contra la COVID-19

STC 148/2023, 6 de noviembre de 2023

La STC se pronuncia sobre el recurso de amparo interpuesto contra dos resoluciones judiciales favorables a que el padre de la menor de edad, sin intervención de la madre, que se mostraba contraria a la medida planteada, se realizasen las gestiones necesarias para la vacunación contra la Covid-19 de la hija común de ambos, de once años.

En el presente caso el TC considera que procedía la prestación del consentimiento por representación:

- a) No consta informe profesional ni datos que permitan afirmar que la menor contaba con la madurez a que se refiere el art. 9.3 c) de la Ley 41/2002 a efectos de responsabilizarse del acto de consentir con exclusión de sus padres.
- b) Ambos progenitores asumieron que la menor carecía de la capacidad emocional e intelectual para que pudiera prestar el consentimiento informado por sí misma y de forma autónoma; y que, en consecuencia, habían de ser ellos, en cuanto titulares de la autoridad familiar, quienes habían de prestarlo por representación.

Respecto a que no se haya recabado la opinión del menor, el TC resta importancia a esta omisión debido a que la cuestión suscitada presentaba una especial complejidad técnica.

Asimismo, el TC rechaza que no se hubiese hecho entrega a los progenitores de un consentimiento informado por escrito sobre la composición, riesgos y consecuencias de la administración de la vacuna, y considera que las resoluciones judiciales impugnadas que autorizaron la vacunación del menor estaban debidamente motivadas.

6. Indemnización a una mujer que sufrió una trombosis tras recibir la vacuna del COVID-19

STSJ Extremadura, 293/2024, 3 mayo, nº rec. 75/2024

La perjudicada sufrió una trombosis tras recibir la vacuna Janssen. La Sala aplica el principio de solidaridad, pues no puede abandonarse a quien decidió vacunarse en beneficio propio y colectivo siguiendo los consejos de la Administración.

Recoge la sentencia:

“Al haberse producido los daños cuya reparación reclama la recurrente en el marco de esta campaña de vacunación global, en la que, junto al beneficio individual, se pretendía proteger a la sociedad en su conjunto, atajando la propagación de la enfermedad, no resulta exigible a los perjudicados la obligación de soportar los efectos adversos que hayan podido sufrir con ocasión de esa vacunación global cuando la misma se ha promovido por la Administración en beneficio de toda la sociedad. En estas circunstancias, ha de ser el conjunto de la sociedad, por un principio de solidaridad, la que debe asumir los daños producidos”.

XII. CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Contratos de asistencia sanitaria urgente: contrato de servicios y contrato de suministros

Comisión Consultiva de Contratación Pública. Informe 14/2023 de 30 de octubre

El artículo 131.4 los contratos de asistencia sanitaria urgente dispone que:

“En los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia y con un valor estimado inferior a 30.000 euros, no serán de aplicación las disposiciones de esta Ley relativas a la preparación y adjudicación del contrato.

Para proceder a la contratación en estos casos bastará con que, además de justificarse la urgencia, se determine el objeto de la prestación, se fije el precio a satisfacer por la asistencia y se designe por el órgano de contratación la empresa a la que corresponderá la ejecución”.

La Junta Consultiva entiende que el procedimiento de adjudicación previsto en el artículo 131.4 LCSP es aplicable a aquellos contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia y con un valor estimado inferior a 30.000 euros, ya consistan en prestaciones contractuales de servicios o de suministros.

2. Los licitadores que opten a la adjudicación de un contrato de asistencia médica a domicilio pueden no tener la condición de laboratorio farmacéutico o almacén para la distribución de oxígeno medicinal

STS 1209/2023, de 02 de octubre de 2023

El TSJ Murcia revocó la decisión del Servicio Murciano de Salud que declaró desierta la licitación del contrato relativo al servicio de terapias respiratorias domiciliarias, al considerar que la UTE interesada carecía de solvencia técnica por no disponer de autorización como laboratorio farmacéutico, o como almacén por contrato para la distribución de medicamentos.

Se plantea ante la Sala si las empresas prestadoras de servicios de terapia respiratoria domiciliar que incluyan el suministro de gases medicinales a los usuarios finales, sin posibilidad de subcontratación de esta prestación, precisan o no tener la condición y/o las autorizaciones previstas en los arts. 52 y 67.3 del RD-Leg. 1/2015, por el que se aprueba el TR de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, para poder llevar a cabo dicho suministro.

La Sala, a estos efectos, establece que *“Debe diferenciarse entre la dispensación de medicamentos por las oficinas de farmacias autorizadas y la administración de ese medicamento al paciente previa prescripción de los facultativos competentes. Así, para poder administrar estos medicamentos deben adquirirse de un dispensador o suministrador autorizado para ello, pero no implica que el servicio médico a domicilio deba contar con autorización para suministrar medicinas ni que la adquisición de dichos medicamentos implique la subcontratación del servicio al que se concurre”*.

XIII. DERECHO PROCESAL

1. Orden jurisdiccional social: competente para conocer de reclamaciones por fallecimiento por Covid de médico de la sanidad pública

STSJ de Castilla-La Mancha 1355/2023

La citada sentencia se pronuncia sobre la reclamación presentada por los familiares de un facultativo fallecido por COVID-19, y la determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de dicha reclamación.

La Sala declara que no estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial, sino ante una cuestión litigiosa de la que debe conocer el orden social:

“..., la vigente LRJS ha optado por atribuir a la jurisdicción social la competencia en materia de prevención de riesgos laborales, así como sobre las consecuencias, incluidas las resarcitorias, del incumplimiento de las obligaciones asociadas, y lo ha hecho, además, de forma absoluta, sin ningún tipo de diferenciación subjetiva, prescindiendo incluso de las tradicionales diferencias competenciales derivadas del estatuto que puede vincular a los empleados públicos con la administración empleadora (laboral, estatutario o funcional)”.

2. Reclamación de responsabilidad por el perjudicado contra la aseguradora de la Administración sanitaria

STS 1519/2023, 6 de noviembre, nº rec. 4172/2019

Los familiares de una paciente, fallecida tras recibir atención médica en los servicios de urgencias de un centro hospitalario, ejercitan contra la aseguradora de la Administración sanitaria acción de responsabilidad civil por la desatención de la que fue víctima dicha paciente.

El TS declara que corresponde al orden jurisdiccional civil conocer de la acción directa ejercitada por el perjudicado contra la aseguradora de la Administración, sin que quepa acudir a la vía contencioso-administrativa, debido a que los perjudicados se dirigen única y exclusivamente contra la aseguradora.

3. La acción directa contra la aseguradora de la Administración exige no haber acudido previamente a la vía administrativa

STS (Civil) nº 169/2024, de 12 de febrero, nº rec. 6524/2019

La paciente ejercita frente a la aseguradora de la Administración sanitaria la acción directa del art. 76

de la Ley de Contrato de Seguro, tras desestimarse, por resolución administrativa firme, la reclamación de responsabilidad patrimonial por deficiente atención sanitaria.

El Tribunal Supremo establece que si se opta por acudir a la vía administrativa y la pretensión resarcitoria del daño sufrido resulta desestimada o estimada en parte, no cabe acudir posteriormente a la vía civil para obtener el reconocimiento de la responsabilidad denegada o incrementar el importe de la indemnización fijada en aquella vía, pues ello supondría atribuir a los tribunales civiles facultades revisoras de los actos administrativos con clara invasión del ámbito propio de la jurisdicción contencioso administrativa a la que le compete el control de la Administración Pública.