

Actualidad del Derecho Sanitario

Publicación mensual de Derecho Médico y de la Sanidad

ADS

nº 321

Año 2024

nº 321 / Enero 2024

SUMARIO

La vacunación como instrumento de prevención: ¿derecho o deber? (I)

Juan Alejandro Martínez Navarro. PDI, Universidad de Almería. Prof. Tutor UNED

Notas sobre la ética y la práctica médica, desde la medicina hipocrática hasta la medicina respaldada en inteligencia artificial (I)

Antonio Piga Rivero. Profesor Emérito de Medicina Legal y Forense. Univ. de Alcalá
M^{ra} Teresa Alfonso Galán. Prof. Legislación, Deontología y Bioética. Univ. de Alcalá

'Sedar' alerta del riesgo vital de actos anestésicos no realizados por anestesiólogos
Ampliación de plazos del Reglamento de productos de diagnóstico in vitro

Demanda Pindo v. España / TEDH: transfusión no consentida a testigo de Jehová
Violación de vida privada por divulgar identidad y obligar al test diagnóstico de VIH
Daños morales por internar a delincuente enfermo mental en centro penitenciario
Prescribe acción por demorar segunda opinión sobre posible error diagnóstico
Anulan sanción a médico por emitir informe aportado a juicio contra su empleador
Desestiman demanda por amputación de pie diabético y posterior fallecimiento
TS confirma la norma de servicios farmacéuticos de la Generalidad Valenciana
Sanción a no sanitario por negarse a expedir certificado Covid digital
Una sentencia dice que los antipsicóticos no precisan consentimiento del paciente
Transfusión de sangre sin consentimiento que causa reacción anafiláctica y óbito
Carrera / Los años de servicio con jornada parcial no computan tiempo completo
La prórroga en activo no obliga al liberado sindical a realizar actividad asistencial
Orden judicial para regular la carrera en 6 meses por inactividad administrativa
No es preciso ser laboratorio o distribuidor para dar servicios de oxigenoterapia

El Proyecto de ley de la Agencia Estatal de Salud Pública, a las Cortes
Acuerdo para adoptar reglamento UE de calidad de la sangre y tejidos humanos
Acuerdo de condiciones de trabajo en el ICS: mayor retribución y menor jornada
780 millones de multas de competencia en el sector farmacéutico UE

Libros / Adquisición pública de medicamentos, de Antonia Olivares Hortal
'Mala praxis dental', del Dr. Corpas Pastor. Recensión de Fernando Álvarez Cañete

Breves

Consejo de Ministros

Boletines

ENERO

 Instituto
de Fomento Sanitario

2024

ADS

Artículos	La vacunación como instrumento de prevención: ¿derecho o deber? (I) Juan Alejandro Martínez Navarro. PDI, Universidad de Almería. Prof. Tutor UNED.	5
	Notas sobre la ética y la práctica médica, desde la medicina hipocrática hasta la medicina respaldada en inteligencia artificial (I) Antonio Piga Rivero. Profesor Emérito de Medicina Legal y Forense. Univ. de Alcalá. M ^a Teresa Alfonso Galán. Prof. Legislación, Deontología y Bioética. Univ. de Alcalá.	12
Actualidad	‘Sedar’ alerta del riesgo vital de actos anestésicos no realizados por anestesiólogos Ampliación de plazos del Reglamento de productos de diagnóstico in vitro	16 17
Tribunales	Demanda Pindo v. España / TEDH: transfusión no consentida a testigo de Jehová	18
	Violación de vida privada por divulgar identidad y obligar al test diagnóstico de VIH	20
	Daños morales por internar a delincuente enfermo mental en centro penitenciario	20
	Prescribe acción por demorar segunda opinión sobre posible error diagnóstico	22
	Anulan sanción a médico por emitir informe aportado a juicio contra su empleador	27
	Desestiman una demanda por amputación de pie diabético y posterior fallecimiento	32
	TS confirma la norma de servicios farmacéuticos de la Generalidad Valenciana	45
	Sanción a no sanitario por negarse a expedir certificado Covid digital	54
	Una sentencia dice que los antipsicóticos no precisan consentimiento del paciente	61
	Transfusión de sangre sin consentimiento que causa reacción anafiláctica y óbito	84
Carrera / Los años de servicio con jornada parcial no computan a tiempo completo	89	
La prórroga en activo no obliga al liberado sindical a realizar actividad asistencial	98	
Orden judicial para regular la carrera en 6 meses por inactividad administrativa	103	
No es preciso ser laboratorio o distribuidor para dar servicios de oxigenoterapia	117	
Normas	El Proyecto de ley de la Agencia Estatal de Salud Pública, a las Cortes Acuerdo para adoptar reglamento UE de calidad de la sangre y tejidos humanos	124
	Acuerdo de condiciones de trabajo en el ICS: mayor retribución y menor jornada 780 millones de multas de competencia en el sector farmacéutico UE	126 127
Reseñas	Libros / Adquisición pública de medicamentos, de Antonia Olivares Ortal 'Mala praxis dental', del Dr. Corpas Pastor. Recensión de Fernando Álvarez Cañete	128 129
Breves 130 Consejo de Ministros 127 Boletines 131		

www.revistaderechosanitario.com

Editada por
INSTITUTO
DE FOMENTO
SANITARIO
© Madrid 2016. De-
rechos
reservados.
Los contenidos
de esta publicación
no pueden ser
reproducidos, ni co-
municados
públicamente
sin autorización
por escrito.

DIRECTOR / EDITOR

Iñigo Barreda

REDACCIÓN Y MAQUETACIÓN
Instituto de Fomento Sanitario
Actualidad del Derecho Sanitario

MARKETING / SUSCRIPCIONES
Actualidad del Derecho Sanitario
Tf.: 91 3514328
ads@actualderechosanitario.com

CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENTE HONORÍFICO

Antonio Piga Rivero. *Médico forense y Gobernador Honorario en The World Association for Medical Law.*

VOCALES

María Teresa Alfonso, *Profesora de Legislación, Bioética y Deontología. Universidad de Alcalá.*

Rafael Pacheco Guevara, *Académico de Número de la Real Academia de Medicina de Murcia.*

Eduardo Carrillo Osuna de Albornoz, *Catedrático de Medicina Legal y Forense. Universidad de Murcia.*

www.fomentosanitario.es

Copyright. Cualquier forma de copia, reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede hacerse con autorización de sus titulares. Diríjase a CEDRO si precisa fotocopiar o escanear un fragmento de esta obra. Tf. 91 702 19 70

ADS

ISSN: 1136-6869

DEPÓSITO LEGAL: M-39544-1994

ADS es una marca registrada.

La vacunación como instrumento de prevención: ¿derecho o deber? (I)

Juan Alejandro Martínez Navarro. PDI, Universidad de Almería. Prof. Tutor UNED.

En los últimos años ha surgido un cuestionamiento proveniente de ciertos sectores sociales minoritarios en relación con la sistemática de la vacunación. No obstante, durante la pandemia, este debate ha adquirido una importancia sin precedentes. Lo que ha sido considerado durante décadas como un pilar fundamental para el progreso de la salud colectiva es percibido por algunos grupos como una medida coercitiva, una obligación no deseada o un deber impuesto.

En este trabajo abordamos el estudio de la vacunación preventiva desde una doble perspectiva jurídica: como un derecho y/o como un deber. La negativa a la vacunación plantea la necesidad de sopesar el derecho a la salud pública frente al derecho a la integridad física y la libertad individual, lo que origina un conflicto ético-jurídico de difícil resolución.

En este número ADS: 1. Introducción. 2. El derecho a la vacunación sistemática. 2.1. Una breve aproximación al origen de la vacunación sistemática en España. 2.2. El calendario de vacunación como instrumento vertebrador del derecho a la vacunación sistemática. 3. La vacunación como deber ético-jurídico. 3.1. La vacunación a debate. 3.2. Vacunación obligatoria y/o vacunación forzosa. Referencias.

En próximo nº ADS: 1. La vacunación en el ordenamiento jurídico español. 1.1. Autonomía vs salud pública. 1.2. La aplicación de la vacunación efectiva sin previsión normativa explícita. 1.3. La vacunación obligatoria como medida general no individualizada. 2. Conclusiones. Referencias.

La vacunación como instrumento de prevención: ¿derecho o deber? (I)

Vaccination as a prevention tool: right or duty? (I)

Juan Alejandro Martínez Navarro¹

Universidad de Almería

Palabras clave: vacunas; calendario de vacunación; salud pública; derechos del paciente.

Abstract: *In recent years, a questioning has arisen from certain minority social sectors in relation to the vaccination system. However, during the pandemic, this debate has taken on unprecedented importance. What has been considered for decades as a*

fundamental pillar for the progress of collective health is perceived by some groups as a coercive measure, an unwanted obligation or an imposed duty.

In this work, we approach the study of preventive vaccination from a double legal perspective: as a right and/or as a duty. The refusal to vaccinate raises the need to balance the right to public health against the right to physical integrity and individual freedom, which causes an ethical-legal conflict that is difficult to resolve.

Keywords: *vaccines; vaccination schedule; public health; patient rights.*

¹ Doctor en Derecho, mención internacional por la Universidad de Almería, Máster en Derecho Constitucional Europeo por la Universidad de Granada y Máster en Derecho Público y de la Administración Pública por la Universidad de Jaén. Ejerciente como PDI en la Universidad de Almería desde 2019, y como Profesor Tutor en el Centro Asociado de la UNED en Almería desde 2022. La producción investigadora se desarrolla en las áreas de Derecho Sanitario y Derecho Ambiental.

1. Introducción

En los últimos años ha emergido un cuestionamiento desde ciertos sectores sociales minoritarios respecto a la sistematización de la vacunación. No obstante, durante la pandemia, este debate ha cobrado una relevancia sin precedentes: la autonomía individual y el bienestar colectivo; la libertad religiosa y las objeciones de conciencia; la confianza en las instituciones y la ciencia; la vigilancia y cumplimiento; etc.

De esta forma, de manera sorprendente, lo que a lo largo de las décadas se ha configurado como un instrumento fundamental en el avance de la salud colectiva, ha sido percibido por ciertos grupos como una medida coercitiva, una obligación indeseada o un deber impuesto.

Las vacunas representan la ambivalente esencia de la salud pública. Por un lado, los individuos tienen el legítimo derecho de acceder a las vacunas recomendadas por el calendario, pero, por otro, también pueden tener la responsabilidad de vacunarse, con el propósito de salvaguardar la salud de la comunidad frente a enfermedades potencialmente peligrosas. En esencia, las vacunas simbolizan cómo la salud pública conlleva tanto derechos como deberes ciudadanos².

En esta línea, para Barceló Domenech “las vacunas son un claro ejemplo de lo que se ha venido en llamar la doble naturaleza o dimensión de la salud pública; los ciudadanos son titulares de un derecho de prestación que consistiría, básicamente, en el acceso a las vacunas que vengán recomendadas por el calendario correspondiente y, al mismo tiempo, podría recaer sobre ellos el deber de vacunarse en orden a evitar la propagación de una enfermedad que puede poner en riesgo la salud de la colectividad”³. En este trabajo se examina la vacunación preventiva como derecho y deber. A través del análisis del marco normativo regulador y de la jurisprudencia

emitida, se afronta el estudio de las consideraciones ético-jurídicas que presenta el sistema de vacunación español.

2. El derecho a la vacunación sistemática

2.1 Una breve aproximación al origen de la vacunación sistemática en España

En España, la vacunación sistemática ha sido una práctica vigente desde la instauración de la primera campaña de inmunización contra la poliomielitis en 1963. El primer calendario de vacunación fue establecido en 1975, y se expandió en 1981 para incluir la inmunización sistemática contra diversas enfermedades: difteria, tétanos, tosferina, poliomielitis, sarampión, rubéola y parotiditis. Sin embargo, debido a la transferencia de responsabilidades en salud pública a las comunidades autónomas, han surgido desacuerdos en la incorporación de ciertas vacunas en sus respectivos calendarios de vacunación.

Para coordinar el Sistema Nacional de Salud, se instituyó *el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS)* mediante la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS). En diciembre de 1991, el Pleno del CISNS tomó la decisión de crear *la Ponencia de Programa y Registro de Vacunaciones*, también conocida como la Ponencia de Vacunas. Esta entidad se constituyó como un órgano científico-técnico en apoyo al CISNS, con el propósito de estudiar el panorama de enfermedades susceptibles a la vacunación, y desarrollar y supervisar medidas para su prevención y control⁴.

El CISNS dio su visto bueno al primer calendario de vacunación en 1996, incorporando vacunas para la prevención de 8 enfermedades inmunoprevenibles. Desde entonces, se han realizado diversas adaptaciones en el calendario, incluyendo la introducción de nuevas vacunas, la sustitución de algunas

² POQUET CATALÁ, R. “¿Es posible establecer la obligatoriedad de la vacunación contra el Sars-Cov-2 en el ámbito laboral?”, *IUSlabor*, nº 2, 2021, p. 8.

³ BARCELÓ DOMÉNECH, J. “Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el Coronavirus”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12 bis, 2020, p. 121.

⁴ LIMIA, A. y ANDREU, M^a del M. “Recomendaciones y coberturas de vacunación en España”, *Revisión del Calendario de Vacunación. Ponencia de Programas y Registro de Vacunaciones*, Informes, Estudios e Investigación, 2016, p. 17.

por otras que protegen contra la misma enfermedad y cambios en los esquemas de administración⁵.

En el Pleno del CISNS celebrado el 18 de marzo de 2010, se acordaron diversas medidas destinadas a mejorar la calidad, equidad, cohesión y sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. Entre éstas, se aprobó la creación de un calendario de vacunación unificado para todo el territorio español. La Ponencia de Vacunas presentó una definición del calendario único de vacunación y, a partir de 2012, se establecieron edades uniformes para la administración de las diferentes dosis incluidas en dicho calendario, logrando así una mayor homogeneidad en todo el territorio tras la transferencia de competencias sanitarias.

2.2 El calendario de vacunación como instrumento vertebrador del derecho a la vacunación sistemática

Un calendario de vacunación es una lista ordenada de las vacunas que se administran regularmente a toda la población en un área geográfica específica o en un país. En el caso concreto de España, el *Calendario Común de Vacunación* a lo largo de toda la vida, creado bajo la protección del *Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud* (CISNS), se alza como el documento rector que delinea las vacunas recomendadas para cada etapa de la vida del individuo. Ciertamente, este calendario se revela como un instrumento imprescindible para la salud pública, otorgante de beneficios tanto a los inmunizados como a quienes, por elección o circunstancias, optan por no recibir dicha inmunización.

A nivel nacional, nos situamos ante un derecho con escasa relevancia en el ordenamiento jurídico estatal, puesto que el establecimiento, ejecución y evaluación del calendario de vacunación es **competencia de las comunidades autónomas**. No obstante, podemos citar el *Real Decreto 1030/2006, de 15 de*

septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, en concreto su anexo II, epígrafe 3.1.2., donde se especifica que, dentro de las actividades preventivas, la cartera de servicios debe incluir “vacunaciones en todos los grupos de edad y, en su caso, grupos de riesgo, según el calendario de vacunación vigente aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y las administraciones sanitarias competentes, así como aquellas que puedan indicarse, en población general o en grupos de riesgo, por situaciones que epidemiológicamente lo aconsejen”.

Por su parte, la *Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública* (LGSP) prevé la vacunación como una medida de “prevención primaria” [artículo 19.2.c)]. Adicionalmente, establece que la cartera de servicios comunes en materia preventiva “incluirá un calendario único de vacunación y una oferta única de cribados poblacionales” (artículo 6.4). Asimismo, otorga al CISNS la facultad para diseñar el “calendario único de vacunas en España”. Al respecto, “**las comunidades autónomas sólo podrán modificarlo por razones epidemiológicas**” [artículo 19.3.a)].

Como resultado de un arduo trabajo conjunto, desde el año 2012, el *Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud*, en colaboración con todas las comunidades autónomas y el Ministerio de Sanidad, ha procurado alcanzar una mayor homogeneidad en el calendario de vacunación en todo el territorio nacional.

El *Calendario Único de Vacunación* en España comprende una detallada enumeración de las vacunas y la cantidad de dosis recomendadas para la población, de acuerdo a su edad. Algunas dosis, especialmente las de refuerzo, pueden ser indicadas dentro de un intervalo de edades en lugar de fijarse a una edad específica. Esta elección busca facilitar la administración y captación de la población según las particularidades organizativas de las diversas comu-

⁵ *Ibid.*, p. 18. La Ponencia de Vacunas lleva a cabo un minucioso análisis de las nuevas vacunas autorizadas, considerando si es necesario ajustar las estrategias de vacunación. Con un enfoque basado en la evidencia científica y una cuidadosa evaluación de la situación epidemiológica en España, se proponen modificaciones en el calendario de vacunación infantil y en otras estrategias de inmunización. Estas propuestas son posteriormente sometidas a la aprobación de la Comisión de Salud Pública y, de ser requerido, del Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS).

nidades autónomas. Sin embargo, dado que la recomendación de intervalos puede generar malinterpretaciones entre ciertos profesionales sanitarios y miembros de la población, se debe realizar un esfuerzo dedicado para brindar una información adecuada acerca de los intervalos establecidos.

Si bien el calendario de vacunación se enfoca principalmente en los niños, las recomendaciones de vacunación pueden extenderse a otras edades y grupos de población. Los criterios de evaluación han sido concebidos para ser aplicados en programas de vacunación con objetivos públicos y poblacionales, **excluyendo así las decisiones de vacunación para viajeros, grupos de pacientes específicos o profesionales particulares, así como la respuesta a brotes o epidemias**⁶.

La evaluación implica la comparación meticulosa de diversas alternativas, y los criterios proporcionan un enfoque para determinar si resulta aconsejable la introducción de una nueva vacuna o la modificación del programa de vacunación enfocado en una población específica. Se consideran cinco criterios que, en su conjunto, establecen un marco para el análisis sistemático de los argumentos a favor y en contra de la inclusión y priorización de cambios en el programa de vacunación: la carga de enfermedad; la efectividad y seguridad de la vacuna; las implicaciones de la modificación; los aspectos éticos involucrados; y la evaluación económica.

Desde un punto de vista práctico, en España no se ha logrado alcanzar un calendario de vacunación unificado en todo el territorio debido a que cada comunidad autónoma posee la responsabilidad de decidir qué vacunas incluir en sus propios calendarios. De esta manera, **actualmente existen 19 calendarios vacunales diferentes en todo el país**.

No obstante, se ha producido un **hito relevante con la inclusión de la vacuna contra el meningococo B para el año 2023 en el calendario único**, lo que ha permitido la creación del calendario vacunal unificado más completo que ha tenido España desde su inicio. Además, es importante destacar que, junto con el calendario de vacunación general, se han pre-

visto otros dos calendarios específicos para grupos de población infantil y adulta en situación de riesgo, para los cuales se ha concebido un enfoque distinto.

A su vez, el análisis de la cobertura de vacunación es una herramienta clave para evaluar el calendario de vacunación. Las comunidades autónomas recopilan y examinan la información sobre la administración de vacunas a nivel local, utilizando registros numéricos o nominales. Anualmente, de acuerdo con el **pacto del CISNS de 1992**, se informa al Ministerio de Sanidad sobre la población objetivo para cada vacuna y el número de personas vacunadas en su territorio. **Este acuerdo del CISNS estableció las características de los indicadores y los procedimientos a seguir**, los cuales se han actualizado con el tiempo. Después de ser analizados y validados por las comunidades autónomas, los datos de cobertura se publican en la página web del Ministerio. Además, el Ministerio proporciona información sobre coberturas de vacunación a la Organización Mundial de la Salud (OMS) y a otros organismos nacionales e internacionales que lo soliciten.

3. La vacunación como deber ético-jurídico

3.1 La vacunación a debate

Aunque la vacunación ha demostrado ser la política más eficaz en salud pública para prevenir enfermedades en las últimas décadas, también es la que genera una mayor controversia en la sociedad moderna. El éxito indiscutible de las vacunas ha dado lugar a una mayor desconfianza hacia ellas en aquellos países donde la tasa de vacunación ha sido alta. Este fenómeno se explica, en parte, porque muchas enfermedades que anteriormente eran endémicas han sido erradicadas o controladas, lo que ha llevado a ciertos sectores de la población a creer que las vacunas ya no son necesarias y que su uso solo beneficia a la industria farmacéutica. En esencia, el logro sobresaliente de las vacunas en la prevención de enfermedades se ha convertido en su propio

⁶ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. Criterios de Evaluación para Fundamentar Modificaciones en el Programa de Vacunación en España. Ponencia de Programa y Registro de Vacunas, Informes, Estudios e Investigación, 2011, p. 37.

enemigo, ya que ha generado la falacia de que algunas enfermedades ya no existen⁷.

La tendencia a cuestionar la eficacia y seguridad de las vacunas no es un fenómeno nuevo, sino que ha existido desde los inicios de la vacunación como el principal enfoque de salud pública. A lo largo del tiempo, los tribunales de justicia han sido testigos de este debate. Uno de los casos más destacados ocurrió a principios del siglo XX en Estados Unidos, cuando el **Tribunal Supremo tuvo que resolver el asunto de la vacunación obligatoria en el caso *Jacobson v. Commonwealth of Massachusetts* (1905)**. Este caso surgió en medio de una epidemia de viruela en la ciudad de Boston y estuvo precedido por uno de los mayores movimientos antivacunas en ese estado⁸.

En España podemos encontrar algún precedente como el ocurrido en un colegio de **Granada en el año 2010**. Un brote de sarampión afectó a treinta y seis niños, en gran parte debido a la baja tasa de vacunación en el barrio. **Los padres de cinco menores se opusieron expresamente a que sus hijos fueran vacunados**. Ante esta negativa, la Junta de Andalucía solicitó ayuda judicial para que los niños fueran vacunados a pesar de la oposición de los padres⁹. El *Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 5 de Granada* emitió un Auto el 24 de noviembre

de 2010, que ordenó la **vacunación forzosa de los menores**. La sentencia fue confirmada por la *STSJ de Andalucía el 22 de julio de 2013* (recurso 667/2012).

El Fundamento Jurídico 5.º de la sentencia resulta relevante para el debate en cuestión: “En relación a la proporcionalidad de la medida de vacunación forzosa acordada, se ha cuestionado por los apelantes [...] que debiera haberse adoptado como medida la de aislamiento voluntario. Sin embargo, esta Sala no llega a vislumbrar porqué sería más proporcionado tal aislamiento, ya que el mismo incidiría sobre el derecho fundamental de libre circulación de las personas, tendría una duración incierta (dado que habría que esperar para su finalización a la erradicación total del brote) y su cumplimiento sería de difícil control por parte de la Administración. Con ello, se cuestiona también la propia eficacia de esta medida considerada más adecuada, o al menos, proporcional, por parte de los apelantes”.¹⁰

Recientemente, hemos sido testigos de la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico de una formulación legal habilitadora de la **vacunación obligatoria** a través de la *Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia*. Mediante esta norma se pretendía modificar el artículo 38.2.b), apartado 5º que, con el

⁷ LÓPEZ LÓPEZ, M. T., DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. *et al. Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario*, Comité de Bioética de España, 2016, p. 7.

⁸ PALOMINO, R. *Las objeciones de conciencia*, Montecorvo, Madrid, 1994, p. 346. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. “La vacunación obligatoria en el contexto de la pandemia de la COVID-19: análisis desde la teoría constitucional de la limitación de los derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad constitucional*, nº 49, 2022, p. 301: “El Tribunal Supremo resolvió, en concreto, sobre la negativa de un mayor de edad a la obligación de vacunarse frente a la viruela. El Alto Tribunal declaró que la comunidad tiene derecho a protegerse frente a determinados peligros como pudieran ser las epidemias y que, en consecuencia, ello constituye un límite a la libertad de decisión sobre su propio cuerpo que tiene todo sujeto. De este modo, la vacuna obligatoria es congruente con los tradicionales poderes de policía que tiene el Estado. Sin embargo, el propio Tribunal señaló que tal decisión no podía extrapolarse con carácter general a cualquier otro caso concreto de vacunación obligatoria, debiendo concurrir, como la propia decisión se encargó de remarcar, los elementos de epidemia, gravedad de la situación y eficacia demostrada de la vacuna”.

⁹ *Ibid.*, p. 302.

¹⁰ CIERCO SEIRA, C. “La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la covid-19”, *El Cronista*, nº 93-94, 2021, p. 20. Continúa el TSJ de Andalucía indicando que “la convivencia en un Estado social y democrático de Derecho supone, no sólo el respeto de los derechos fundamentales a título individual, sino también que su ejercicio no menoscabe el derecho del resto de la sociedad que se rige por unas pautas de conducta que persiguen el interés general”, y concluyendo que en “el conflicto que se establece entre el derecho del Estado a imponer normas de obligado seguimiento para garantizar la salud de la ciudadanía y el derecho de los padres a decidir si sus hijos deben obtener esta protección, ha de darse preeminencia a los derechos protegidos por la administración sanitaria y que sustentan la adopción de la medida sanitaria acordada por el auto ahora apelado”.

objetivo de “controlar las enfermedades transmisibles, [...] podrán adoptar las medidas oportunas para el control de las personas enfermas, de las personas que estén o hayan estado en contacto con ellas y del ambiente inmediato, así como las que se estimen necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. En particular, podrán adoptarse las siguientes medidas preventivas: Sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación o inmunización, con información, en todo caso, de los posibles riesgos relacionados con la adopción o no adopción de estas medidas”.

Frente al mencionado precepto, el presidente del Gobierno presentó **recurso de inconstitucionalidad**, número 1975-2021, requiriendo la suspensión de la vigencia y aplicación del precepto impugnado desde la fecha de interposición del recurso. El Pleno del *Tribunal Constitucional*, por providencia de 22 de abril de 2021, acordó completar la providencia de 20 de abril de 2021 y admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad.

El *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* tampoco rechaza la medida de vacunación obligatoria, como se evidencia en la *Sentencia del 8 de abril de 2021* en el caso *Vavrickaetautres c. Republique Tchèque*, relacionada con la **negativa de unos padres a vacunar a su hijo menor** de edad, señala que a través de la vacunación obligatoria se pretende “proteger contra las enfermedades susceptibles de generar un riesgo grave sobre la salud”. Y, en este cometido, están concernidas “las personas que reciben las vacunas en cuestión, así como las que no pueden vacunarse y que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, que dependen de una tasa elevada de inmunización esperable entre el conjunto de la población, lo que contribuye a que

puede ser protegida contra las enfermedades contagiosas en causa”.

Previo a la pandemia, las incertidumbres respecto a la vacunación eran de escasa relevancia. De acuerdo con los datos proporcionados por el Ministerio de Sanidad, parece que no nos encontrábamos ante un problema de gran envergadura en España. Los movimientos antivacunas aún constituyen una minoría y los índices anuales de vacunación alcanzan niveles muy elevados. En realidad, los datos concernientes a la vacunación en España señalan que la falta de inmunización durante la infancia no supone un problema significativo en términos de magnitud.

Según los datos recopilados por el Ministerio de Sanidad, **el porcentaje de niños que han completado la serie básica de vacunas (primovacunación) se acerca al 98 por ciento**. Al realizar una comparativa con años previos, se observa una estabilidad en las cifras¹¹. Sin embargo, la cobertura de vacunación antigripal de la población mayor de 65 años no manifiesta unos datos tan positivos, aunque la tendencia es favorable¹².

3.2 Vacunación obligatoria y/o vacunación forzosa

Una vez que se ha instigado el debate, resulta altamente pertinente esclarecer los propios términos que rigen la controversia, dado que se ha observado cierta confusión conceptual. Con excesiva frecuencia, se emplean de manera intercambiable los conceptos de “vacunación obligatoria” y “vacunación forzosa”, como si fueran sinónimos. No obstante, la distinción entre ambos no es un mero recurso retórico, sino un asunto de genuina profundidad que involucra directamente el ámbito jurídico y, en última

¹¹ TOLOSA TRIBIÑO, C. “Problemas legales de la vacunación en España”, *Diario La Ley (Wolters Kluwer)*, nº 9784, 2021, p. 3. Al respecto, la Ley de Protección de la Infancia del año 2015 ha introducido cambios positivos en relación con la vacunación al incluir el principio general del “interés superior del menor”. La Ley 26/2015, de 28 de julio, que reforma el sistema de protección de la infancia y adolescencia, enmienda la Ley de Autonomía del Paciente mediante la disposición final segunda, incorporando los criterios establecidos en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, que tratan sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos en casos de transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas en menores de edad en situaciones de grave riesgo.

¹² Según el Ministerio de Sanidad (coberturas de vacunación 2020), con anterioridad a la pandemia, la cobertura de vacunación antigripal en población mayor a los 65 años era de entre 54-57 por ciento. Después de la pandemia, a partir de la temporada 2020-2021, esa cifra ha ascendido a 67,7 por ciento.

instancia, afecta los derechos relacionados con el incumplimiento de la obligación legal correspondiente.

Cuando nos referimos a la “**vacunación obligatoria**”, estamos haciendo alusión a una imposición legal que conlleva una consecuencia jurídica, ya sea en forma de sanción pecuniaria o la restricción de derechos específicos. En este contexto, aquel individuo que desatiende esta obligación (es decir, rechaza someterse a la vacunación) se encuentra sujeto a la imposición de una multa económica, la limitación de su libertad de movimiento, o la alteración de sus funciones laborales. Esto se encuentra contemplado, por ejemplo, en el **artículo 38 de la Ley gallega de salud pública, que fue suspendido conforme a una orden constitucional**. Dicho artículo establece la vacunación como medida preventiva de salud pública, y en caso de negativa injustificada, se incurre en una infracción calificada en diferentes niveles de gravedad, dependiendo de su repercusión directa en la salud pública. La consecuencia jurídica en este escenario es una sanción pecuniaria, no la vacunación forzosa del individuo renuente¹³.

Por contraposición, cuando se aborda la cuestión de la “**vacunación forzosa**”, se está haciendo referencia a una situación en la que el individuo que no cumple con la obligación legal es compelido, por vía legal, a someterse a la vacunación, incluso mediante el uso de la fuerza por parte de la autoridad. En otras palabras, los derechos afectados por esta medida son la autonomía del individuo y su integridad física. En resumen, estamos tratando con dos medidas de naturaleza legal considerablemente diferente en lo que respecta a sus implicaciones y los derechos involucrados¹⁴.

En definitiva, en la vacunación forzosa, aquel individuo que no cumple con el mandato de la autoridad puede ser sometido a una intervención física coercitiva para que se someta a la vacunación. En contraste, en el caso de la vacunación obligatoria, la persona que se resiste a ser vacunada no es compelida de manera física a hacerlo en contra de su voluntad, pero enfrenta repercusiones legales como

sanciones monetarias o la restricción de ciertos derechos como consecuencia de su negativa.

Referencias

BARCELÓ DOMÉNECH, J. “Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el Coronavirus”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12 bis, 2020.

CIERCO SEIRA, C. “La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la covid-19”, *El Cronista*, nº 93-94, 2021.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. “La vacunación obligatoria en el contexto de la pandemia de la COVID-19: análisis desde la teoría constitucional de la limitación de los derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad constitucional*, nº 49, 2022.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Vacunas obligatorias y forzosas: ¿hablamos de lo mismo?”, *El País*, 18 de agosto de 2021.

LIMIA, A. y ANDREU, M^a del M. “Recomendaciones y coberturas de vacunación en España”, *Revisión del Calendario de Vacunación. Ponencia de Programas y Registro de Vacunaciones*, Informes, Estudios e Investigación, 2016.

LÓPEZ LÓPEZ, M. T., DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. et al. *Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario*, Comité de Bioética de España, 2016.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. Criterios de Evaluación para Fundamentar Modificaciones en el Programa de Vacunación en España. Ponencia de Programa y Registro de Vacunas, Informes, Estudios e Investigación, 2011.

PALOMINO, R. *Las objeciones de conciencia*, Montecorvo, Madrid, 1994.

POQUET CATALÁ, R. “¿Es posible establecer la obligatoriedad de la vacunación contra el Sars-Cov-2 en el ámbito laboral?”, *IUSlabor*, nº 2, 2021.

TOLOSA TRIBIÑO, C. “Problemas legales de la vacunación en España”, *Diario La Ley (Wolters Kluwer)*, nº 9784, 2021.

¹³ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Vacunas obligatorias y forzosas: ¿hablamos de lo mismo?”, *El País*, 18 de agosto de 2021.

¹⁴ Ídem.

Notas sobre la ética y la práctica médica, desde la medicina hipocrática hasta la medicina respaldada en inteligencia artificial (I)

*Antonio Piga Rivero. Profesor Emérito de Medicina Legal y Forense. Universidad de Alcalá.
Gobernador Honorario de la Asociación Mundial de Derecho Médico.
Presidente del Consejo Editorial de Actualidad del Derecho Sanitario.*

*María Teresa Alfonso Galán. Profesora Titular de Legislación, Deontología y Bioética.
Facultad Medicina-Farmacía. Universidad de Alcalá (Madrid).
Vocal del Consejo Editorial de Actualidad del Derecho Sanitario.*

Introducción

El presente artículo responde a que actualmente estamos a nivel global inmersos en un cambio de paradigma. El alcance de este cambio está conduciendo a que a las clásicas formas de poder político (liberalismo, socialismo, comunismo, etc.) se sume, y sea determinante, el poder de la tecnocracia, en un mundo intercomunicado gracias a teléfonos móviles inteligentes, con aplicaciones y funciones cada vez más numerosas y diversificadas.

Ciñéndonos al campo de la asistencia sanitaria, y específicamente al de la Medicina, Farmacia, Enfermería y sus diversas ramas y especialidades, hay que plantearse hasta qué punto la irrupción de la *Inteligencia Artificial* (IA) en la relación de los pacientes con los profesionales sanitarios, puede modificar la propia esencia y deontología de estas profesiones y los derechos de los pacientes, con qué efectos y con qué aspectos normativos y de responsabilidad jurídica.

No pretendemos afrontar todos estos aspectos, ni mucho menos darles una respuesta, pero sí plantearlos, para mostrar lo que es permanente, lo que se está modificando en un sentido claro, y lo que adoptará aspectos que dependerán de decisiones políticas, económicas, jurídicas y culturales.

Así pues, el presente artículo trata sobre la evolución de la ética y la responsabilidad de las profesiones sanitarias, en el área de la salud humana y en el de la deontología, como continuadoras de las obligaciones que ya se expresan en el Juramento Hipocrático, quinientos años antes de Cristo; las que se afrontan desde la bioética a partir de la revolu-

ción tecnológica en las tres últimas décadas del siglo XX y, finalmente, con el impacto de la Inteligencia Artificial en el siglo XXI, ya en su primeros veinticuatro años.

Objetivo

El objetivo de este artículo será exponer cómo la Medicina no quedará supeditada a la *Inteligencia Artificial* (IA), ni en su práctica clínica ni en su práctica médico-legal. Ello implica que la IA será un instrumento al servicio de la práctica médica, con las repercusiones normativas y judiciales correspondientes.

La deontología médica y de las profesiones sanitarias a partir del Juramento Hipocrático

Si el padre mitológico de la Medicina es Esculapio, dos hijas suyas, que son Higea y Panacea, lo son de la Higiene y de la Farmacoterapia, respectivamente, y es evidente que esto se traslada a la Medicina actual como curación (*cure*) y cuidado (*caring*).

En los aspectos asistenciales de las ciencias médicas se pueden diferenciar dos campos de conocimiento: uno tecnológico, y en cada época vinculado a las teorías y avances científicos; y otro de cuidados asistenciales, al que se unirán en el siglo XX diversos servicios sociales.

La Medicina, en especial en los siglos XIX, XX y lo transcurrido del siglo XXI, ha evolucionado con tanta

rapidez y de forma tan progresivamente acelerada, que un médico actual y uno del siglo XIX tienen, como técnicos y como científicos, muy poco en común. No así desde el punto de vista de la **ética médica, cuyos principios fundamentales se mantienen incólumes**, aunque se hayan desarrollado mucho y reflejen la complejidad de la medicina actual y la evolución del derecho.

Y esto es así porque, al menos desde la escuela médica hipocrática, tal y como exponen E.D. PELLEGRINO y D.C. THOMASMA, “(...) sostenemos **que la relación entre Medicina y valores es intrínseca**. La aplicación de una filosofía de la medicina a la relación moral es requerida para el propósito de la medicina como una práctica de curación” (1).

Hay que subrayar por tanto que la ética médica no depende de teorías morales previamente expuestas, sino de condiciones expuestas por la ontología de los cuerpos enfermos y de la forma singular y única en que la relación médico-enfermo tiene lugar.

Y es que en la **relación asistencial terapéutica** hay dos planos distintos. Uno es el asistencial humanitario, en el que lo que predomina es el empeño del médico por aplicar su intención, conocimientos, recursos disponibles y experiencia a cada caso particular.

En ese sentido se dice que **“no hay enfermedades sino enfermos”**, y los valores y principios médicos son permanentes. Pero, por otro lado, la medicina y las ciencias médicas para poder ser eficaces han de descifrar y entender lo que afecta a cada paciente y hacerlo científicamente, es decir, traduciendo el significado de los síntomas y signos que presenta cada paciente particular y clasificándolos en enfermedades, como entidades nosológicas cuyo conocimiento es fundamental para conocer la causalidad, la fisiopatología, la terapéutica, el pronóstico y para el seguimiento de cada paciente en un marco científico.

En *La historia clínica hipocrática*, de LAÍN ENTRALGO, accesible en Internet, se expone como en el *Corpus Hippocraticum* se recogen (en libros II y III) cuarenta y dos historias clínicas, que son las primeras bien caracterizadas de las que tenemos noticia. Y allí se lee que “lo perteneciente a la naturaleza del hombre (...) existe (...) desde que hubo hombres” (2).

Hay que admitir que muchas de las enfermedades crónicas o agudas, transmisibles o no, genéticas, ambientales, traumáticas, etc., que existen hoy ya existían en tiempos de HIPÓCRATES.

Aunque entonces se distinguían solamente tres tipos fundamentales de enfermedad: las “traumáticas”, que se producían sobre todo en las batallas; las “ambientales”, producidas por miasmas, calor, frío, mosquitos y alimentos; y las producidas “por el castigo de los dioses”.

La Medicina se constituye ya entonces como profesión sobre dos grandes pilares, que son el **conocimiento y saber técnico**, por un lado; y la **ética individual del médico, respetuoso de la deontología profesional**. Y si es evidente que la ciencia y tecnología médicas han evolucionado enormemente desde el siglo XIX, también lo es que los valores y principios que ya se recogen en el Juramento Hipocrático siguen siendo válidos hoy día.

A este respecto PELLEGRINO y THOMASMA escriben: «no pretendemos pasar revista a los códigos de ética profesional. Por el contrario, nosotros solo vamos a evocar las expectativas que un paciente suele tener cuando está enfermo y cuando un médico profesa curarle o cuidarle. El médico se sobreentiende que posee capacidades especiales que el promete que utilizará en el interés del paciente que se presenta ante él para ser atendido”.

Y añade: “el médico se espera que haga todo lo posible para el bien del paciente. Esto puede suponer, en algunos casos, **desistir de hacer algunas cosas o, por el contrario, hacer otras**. Pero la cuestión esencial es la expectativa del paciente de que el médico y el hospital van a actuar en su beneficio. Este es, de hecho, el centro moral de la medicina, el momento de la verdad clínica, que hace que la medicina sea lo que es (...)” (3).

(...) “El paciente no espera que el médico sea un instrumento de política social ni económica, ni de política dictada por el sistema de valores del médico o de la sociedad. Es claro que el médico trabaja dentro de criterios (morales) establecidos públicamente. No puede ser totalmente independiente de ellos. Pero también tiene la responsabilidad de resistirse (oponerse) a aquellas políticas que sean perjudiciales para el bien del paciente. (...) (4)».

(...) «El médico no puede utilizar la vulnerabilidad del paciente enfermo para introducir su propia política social o política, o incluso las de su nación (...). El médico también está obligado, como individuo y como miembro de una profesión, con una responsabilidad corporativa frente a la sociedad, a tomar muy seriamente las cuestiones económicas y sociales (...). Tiene la obligación de definir alternativas, de explicar los dilemas morales de una política y a ayudar a diseñar regulaciones (...) y no ignorar los aspectos humanos».

“Cualesquiera que puedan ser sus valores personales el médico tiene la elección, como cualquier otro ciudadano, de conformarse u **oponerse a una política pública**. Pero en su trato con el paciente individual sus preferencias quedarán en un segundo plano. Si son para el tan importantes que no puede dejar de promulgarlas en su tratamiento, entonces debe poner este hecho en conocimiento del paciente de antemano, de modo que éste pueda rechazar a ese médico en favor de otro (...)”.

Hay monografías en las que se actualiza la ética médica y se tratan los dilemas de la biomedicina dentro del criterio de la **tradición cristiana (5)**, alguna publicada con motivo del fallecimiento de PELEGRINO, en marzo de 2013 (6).

Otro autor, que es indispensable para comprender y fundamentar la ética en la primera parte de la civilización tecnológica actual, es HANS JONAS (1903-1993), que en 1979 publicó, lo que en la primera edición española en 1995 se tituló *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica (7)*.

El principio de responsabilidad es la respuesta de HANS JONAS al libro de ERNS BLOCH (1885-1977) titulado *El Principio esperanza*, escrito entre 1938 y 1947; y ambos son libros que se contraponen al texto de TOM BEAUCHAMP (n. 1939) y JAMES FRANKIN CHILDRESS (n. 1940) titulado *Principios de ética biomédica*, cuya primera edición en Estados Unidos es de 1979, y que realmente, tanto en su contenido como en su fundamentación, difiere radicalmente de los dos textos anteriormente citados.

Y las diferencias son tan grandes que no los habríamos comparado si *Hans Jonas* no hubiese publicado, a modo de “parte especial”, sobre la práctica del principio de responsabilidad, un segundo libro,

Técnica, Medicina y Ética, aparecido, en alemán, en 1985. El subtítulo de este último libro es ‘sobre la práctica del principio de responsabilidad’ (8).

En el prefacio dice que responde a lo que prometió en el libro anterior (7), “una parte aplicada en la que se ilustrará con ejemplos seleccionados el nuevo tipo de cuestiones y obligaciones éticas (...) y, en lo posible, se facilitará la forma de responder correctamente a ellas (...)” y “¿desde qué extremos del amplio espectro tecnológico se puede plantear un consenso así?. Sin duda lo mejor será hacerlo desde el más cercano a nosotros, allá donde la técnica tiene por objeto al hombre (...), el ámbito de la biología y la medicina. Aquí, entre hombres a solas consigo mismos, es donde la ética se encuentra en su terreno y necesita poco conocimiento del gran mundo, del equilibrio local y global de la biosfera y del efecto remoto de sus perturbaciones, para hallar su camino”.

Y con estas palabras HANS JONAS, que es un filósofo discípulo de HUSSERL (1859-1938) y de HEIDEGGER (1889-1976), pone a la investigación bioética aplicada, en primer lugar, al servicio de la biología y de la medicina. En la página 94, de este último libro citado (8), se lee:

“En el curso del tratamiento, **el médico está obligado al paciente y a nadie más**. No es el administrador de la sociedad o de la ciencia médica o de la familia del paciente (...) **hay en juego normas más sublimes que las puramente contractuales**. Podemos hablar de una relación de lealtad sagrada (...); **el médico está por así decirlo solo con el paciente y con Dios**”.

Y nos preguntamos nosotros, ¿cómo puede el médico orientarse en esa relación de lealtad sagrada en el caso de que se enfrente a situaciones conflictivas en su misión asistencial?

Pues ateniéndose a los fines de su profesión y a los dictados de su ciencia y de su conciencia, con la guía de su Código de Ética y Deontología profesional y, si lo considera oportuno, recabando consejo deontológico y jurídico de su Colegio profesional de Médicos.

Pero, en particular desde 2020, coincidiendo con la pandemia COVID-19, la Inteligencia Artificial se está aplicando a la medicina, en España y a nivel

mundial, de una forma progresivamente acelerada, que se ha trasladado a todos los medios de difusión y decisión, y llega a pretender cuestionar algunos principios éticos y métodos de la relación médico-paciente, o farmacéutico-paciente actuales.

El impacto de la aplicación de la Inteligencia Artificial en la práctica de la Medicina y las otras profesiones sanitarias, se tratará en la segunda parte de este artículo.

Referencias

1. Pellegrino E.D., Thomasma D.C. 'A phylosophical basis of medical practice'. *Oxford University Press*. 1981; pp.XII
2. Lain Entralgo, P. La historia clínica hipocrática. *Archivos Iberoamericanos de Historia de la Medicina*. Nº 1 (1949); pp: 9/48
3. Ibidem (1); p. 269 y 270
4. Ibidem (1); p. 275
5. Pellegrino E. & Thomasma D.C. (1996). 'The Christian virtues in medical practice'. Edita (en español) *Universidad Pontificia de Comillas*. 2008. ISBN 9788484682318.
6. De Santiago M. & Ferrer Colomer M.& Pastor L.M. 'El legado moral de Edmund Pellegrino'. En: *Cuadernos de Bioética*. E-books. *Temas actuales de Bioética*, XXV. 2014. (acceso libre en internet).
7. Jonas, H. 'El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica'. Ed. *Herder*. Barcelona 1995.
8. Jonas H. 'Técnica, Medicina y Ética. La práctica del principio de responsabilidad'. Ed. *Paidós Ibérica*, S.A. 1997. Barcelona. ISBN: 8449303419



SEGURIDAD DEL PACIENTE

‘Sedar’ alerta del riesgo vital de actos anestésicos no realizados por anesthesiólogos

ADS. La *Sociedad Española de Anestesiología, Reanimación y Terapéutica del Dolor (Sedar)* ha emitido un comunicado en relación con otro reciente del *Sindicato Médico Andaluz* que menciona el riesgo vital asociado a actos anestésicos realizados por profesionales de enfermería.

La *Sedar* afirma en su comunicado que, como máxima autoridad científica de los médicos especialistas en Anestesiología, Reanimación y Terapéutica del Dolor, entre sus funciones se encuentra la de establecer los estándares de calidad y seguridad que debe cumplir todo acto anestésico.

Manifiesta que en los últimos años existe un crecimiento exponencial de intervenciones y procedimientos que precisan anestesia general o sedación profunda, “un fenómeno que ha ido acompañado de una tendencia preocupante a que estos actos anestésicos sean realizados por médicos de otras especialidades o por personal sanitario no médico”.

Según la *Sedar* existe la tentación de minimizar los riesgos asociados a la anestesia general y la sedación profunda: “Sin embargo, si hoy consideramos tan seguros los actos anestésicos es gracias al éxito alcanzado por la Anestesiología como especialidad médica. La mortalidad atribuida a la anestesia en el año 1960, cuando era administrada por profesionales de enfermería o médicos sin especialización en Anestesiología, era de un fallecimiento por cada 1.000 anestésias.

En la década de 2020, esta mortalidad se ha reducido a menos de un fallecimiento por cada 150.000 actos anestésicos. La presencia de un médico anesthesiólogo es el principal factor determinante de la seguridad del paciente durante un acto anestésico”. Así lo ha establecido la “Declaración de la seguridad del paciente en Anestesia”, conocida como Proto-

colo de Helsinki (junio de 2009), desarrollada por *European Board of Anaesthesiology* en cooperación con *European Society of Anaesthesiology*, de la que forma parte la *Sedar*.

Sigue el comunicado que la anestesia general y la sedación profunda son actos con potenciales complicaciones graves, incluso mortales, que deben ser realizados por médicos con competencias y experiencia en Anestesiología y Reanimación.

Consentimiento informado

La *Sedar* informa que “solo el anesthesiólogo puede garantizar el máximo nivel de seguridad en este ámbito. La ley otorga al paciente el derecho a ser informado de quién es el médico que le va a tratar y la especialidad que posee, así como de los riesgos y alternativas del procedimiento al que va a ser sometido antes de otorgar su consentimiento”.

El consentimiento para la anestesia general y la sedación profunda debe darse por escrito, por lo que esta sociedad científica aconseja a los pacientes que vayan a ser sometidos a actos anestésicos que obtengan esta información antes de dar su consentimiento y que se aseguren de ser anestesiados, solo por médicos especialistas en Anestesiología.

La *Sedar* considera que la realización de actos anestésicos por profesionales no médicos o por médicos que carecen de la cualificación adecuada representa un grave retroceso en materia de seguridad y calidad anestésica, podría constituir una práctica contraria a la *lex artis* médica y, por este motivo, debería ser abandonada.

“Animamos encarecidamente a los pacientes y familiares, que sean ellos los que pregunten directamente quién va a ser el responsable de “sedarles o anestésiarles”, y exijan siempre que exista a su lado un médico especialista en Anestesiología como garantía máxima de su seguridad clínica”, añade el comunicado emitido por la Comisión Ejecutiva de *Sedar* el 17 de enero.

En junio de 2023 publicó un documento de posicionamiento y recomendaciones en perspectiva legal y jurisprudencial.

PROPUESTA / COMISIÓN EUROPEA

Ampliación de plazos del Reglamento de productos de diagnóstico *in vitro*

Redacción. La *Comisión Europea* ha propuesto ampliar el plazo para que las empresas apliquen el Reglamento sobre productos sanitarios para diagnóstico *in vitro*, en determinadas condiciones. Con esta revisión, la Comisión pretende garantizar la atención a los pacientes mejorando la disponibilidad de estos productos sanitarios esenciales. La Comisión también propone medidas para aumentar la transparencia en el sector de los productos sanitarios, en particular acelerando la puesta en marcha de algunos elementos de la base de datos europea sobre productos sanitarios (*Eudamed*).

El Reglamento, aplicable desde mayo de 2022, tiene por objeto modernizar y mejorar el marco de la UE para estos productos a fin de garantizar su seguridad para los pacientes.

El tiempo adicional concedido a las empresas depende del tipo de dispositivo:

- los productos de alto riesgo para la salud individual y pública, como las pruebas de VIH o hepatitis (clase D), tendrían un período transitorio hasta diciembre de 2027;

- los productos de alto riesgo individual o moderado para la salud pública, como las pruebas de cáncer (clase C), tendrían un período transitorio hasta diciembre de 2028;

- los productos de menor riesgo (clase B, como las pruebas de embarazo y los productos estériles de clase A, como los tubos de extracción de sangre), tienen un período transitorio hasta diciembre de 2029. La propuesta también exige a los fabricantes que notifiquen con antelación si prevén la interrupción del suministro, de modo que los Estados miembros dispongan de más tiempo para tomar medidas para garantizar la atención a los pacientes.

HERA / COMISIÓN EUROPEA

Convocatoria / Manifestaciones de interés para la 'Alianza de Medicamentos Estratégicos'

Redacción. La *Autoridad de Preparación y Respuesta ante Emergencias Sanitarias* (HERA) de la *Comisión Europea* ha puesto en marcha una convocatoria abierta de manifestaciones de interés para unirse a la *Alianza de Medicamentos Críticos*. La creación de la Alianza es una de las acciones clave para prevenir y abordar la escasez de medicamentos esenciales anunciadas por la Comisión en octubre de 2023.

El objetivo es reunir a todas las partes interesadas pertinentes y trabajará para reforzar la cooperación entre la Comisión, los gobiernos nacionales, la industria y la sociedad civil. Determinará los retos, las prioridades de actuación y las posibles soluciones políticas al problema de la escasez de medicamentos esenciales en la UE. La Alianza es un mecanismo consultivo que también actuará como red para acelerar la ejecución de la acción de la UE en este ámbito.

La *Alianza de Medicamentos Críticos* se convertirá en el brazo industrial de una Unión Europea de la Salud fuerte. Elaborará recomendaciones y asesorará a la Comisión, a los Estados miembros y a otros responsables de la toma de decisiones de la UE sobre cómo abordar la escasez de medicamentos de larga duración.

Sobre la base de la lista de la Unión de medicamentos esenciales publicada por la Agencia Europea de Medicamentos en diciembre de 2023, se centrará en los medicamentos con el mayor riesgo de escasez y el mayor impacto en los sistemas sanitarios y los pacientes.

Así, se contribuirá a desbloquear soluciones de fabricación, contractuales o de financiación que permitan mayor autonomía estratégica de medicamentos esenciales, en interés de los ciudadanos.



La demandante, Rosa Pindo, y su abogado Petr Muzny, en la audiencia celebrada en la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 10 de enero de 2024. Muzny sostiene que los médicos no pueden suplantar la voluntad anticipada del paciente manifestada reiteradamente por escrito ni siquiera ante una urgencia vital. El video completo de la audiencia está disponible en www.revistaderechosanitario.com

AUDIENCIA / ADMISIBILIDAD

Pindo v. España, en la Gran Sala del TEDH: transfusión no consentida a testigo de Jehová

ADS. El 10 de enero se celebró en la *Gran Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* la audiencia relativa al Asunto *Pindo Mulla v. Spain* (nº 15541/20), promovido por una testigo de *Jehová* que recibió transfusiones de sangre en el Hospital La Paz de Madrid por decisión judicial a pesar de dejar constancia de su rechazo por motivos religiosos. Tras las alegaciones de las defensas de las partes -del Gobierno de España, de la demandante y de terceras partes como la *Asociación Europea de Testigos de Jehová* y el Gobierno francés-, el Tribunal deliberará sobre la admisibilidad y el fondo del caso después de que fuera inadmitida la demanda por la Justicia española.

La demandante, Rosa Edelmira Pindo Mulla, que estuvo presente en la audiencia, es de nacionalidad ecuatoriana, nació en 1970 y reside en Soria (España). Ella es testigo de Jehová. Un principio fundamental de sus creencias religiosas es su absoluta

oposición a las transfusiones de sangre y a la donación y almacenamiento de sangre y productos sanguíneos.

Tras las pruebas médicas realizadas en julio de 2017, se recomendó a la Sra. Pindo Mulla que se sometiera a una cirugía. Posteriormente emitió tres documentos (una directiva anticipada, un poder *duradero* y un documento de consentimiento informado) en los que constaba su negativa a someterse a una transfusión de sangre de cualquier tipo (sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma sanguíneo) en cualquier situación sanitaria, incluso si su vida estuviera en peligro, pero que aceptaría cualquier tratamiento médico sustitutivo que no implicara el uso de sangre.

El 6 de junio de 2018, la señora Pindo Mulla ingresó en el Hospital de Soria. Al día siguiente, a causa de una hemorragia, fue trasladada en ambulancia especial a un hospital de Madrid. Al enterarse de que el solicitante era testigo de Jehová, los anestesiólogos de ese hospital se pusieron en contacto con el juez de guardia para pedirle instrucciones sobre qué hacer.

El juez de guardia, que desconocía la identidad de la paciente, ni sus deseos precisos, y a falta de información concreta sobre su estado de salud, autorizó todos los procedimientos médicos o quirúrgicos que fueran necesarios para salvarle la vida. Ese día

se practicó la cirugía y se administraron transfusiones de sangre a la Sra. Pindo Mulla, quien no había sido informada de la orden del juez de guardia, a pesar de que todavía estaba consciente cuando la llevaron al quirófano.

La lucidez mental de la Sra. Pindo

Las partes discuten, sin embargo, si en ese momento estaba completamente lúcida. Esta decisión de la jueza de turno fue confirmada en apelación y su posterior recurso de amparo fue declarado inadmisibles por el Tribunal Constitucional. La abogada **Heide Elena Nicolás Martínez**, representando al Gobierno de España, declaró que "la vida de la demandante corría grave peligro y exigía una intervención médica inmediata, y que los médicos que la recibieron en el hospital de Madrid fueron informados de su condición de testigo de Jehová y de que rechazaba las transfusiones, pero que su situación empeoró y tuvieron que intervenir con una cirugía que exigía trasfusión y muy delicada para extirpar el tumor que padecía, lo que logró superar la hemorragia y salvar la vida".

"Previamente, mientras era trasladada en una ambulancia de cuidados intensivos al Hospital de La Paz, los médicos informaron al juez de la situación y, con la información que disponía sobre la voluntad del paciente autorizó la aplicación de las técnicas médicas necesarias para salvar la vida de la paciente". **Alfonso Brezmes Martínez de Villarreal**, abogado representante del Gobierno de España, manifestó que el principio de autodeterminación por motivo religioso o no religioso es respetable, pero, que el juez autorizó, no impuso tratamiento, y que la situación del estado clínico empeoró, sin que la paciente tuviera lucidez mental para decidir sobre la única opción posible para salvar su vida.

Petr Muzny, representante de la demandante, manifestó que "en la mayoría de los países ha desaparecido el paternalismo médico, pero que algunos médicos se comportan como si los pacientes fueran médicamente ignorantes. La señora Pindo fue vista como una paciente vulnerable, lo es en realidad, es una inmigrante sudamericana que habla español con acento ecuatoriano, es una mujer, una mujer pequeña, y profesa una religión muchas veces su-

jeta a prejuicios y estereotipos, era un blanco fácil para el paternalismo médico de la que Pindo fue víctima. Pindo es una mujer decidida, con una convicción clara personal basada en la Biblia, de no querer ser transfundida con sangre, manifestada hasta en seis veces a médicos del hospital de Soria y de La Paz -muestra al Tribunal una carpeta-".

Según Muzny, la señora Pindo otorgó un poder notarial duradero que lleva en su bolso desde hace más de 20 años en todo momento en el que expresa que "no acepto transfusiones incluso si son necesarias para preservar mi vida". Y en 2017, cuando le diagnosticaron la enfermedad, acudió al Registro de voluntades anticipadas de Castilla y León para que quedara constancia en la base de datos nacional de su negativa a recibir transfusiones -lo que se aporta como documento entregado al Tribunal-, y a la que los médicos pueden acceder rápidamente. Esta voluntad fue manifestada por la señora Pindo a los médicos del hospital de Soria en 2018 expresando, de forma consciente y lúcida, aunque con un nivel de hemoglobina muy bajo, que no deseaba ser transfundida bajo ninguna circunstancia".

Los médicos del hospital de Soria reflejaron por escrito esta negativa, "y la paciente dejó constancia de ello en el consentimiento informado y de que es testigo de Jehová; así lo reconoce la médico ante la que lo firmó. Durante el traslado al hospital La Paz de Madrid hay una conversación con un médico en la que Pindo vuelve a manifestar el rechazo a la transfusión, de lo que se deja constancia en la documentación clínica. Son seis rechazos repetidos de transfusiones de sangre y esto plantea una simple cuestión: "¿Que más se esperaba que hiciera la Sra. Pindo para que los médicos de La Paz respetaran su voluntad?".

Muzny dice que la defensa del Gobierno de España afirma que los médicos de La Paz no conocían la voluntad de Pindo, "y eso es falso, ya que consta en la historia clínica la negativa a la transfusión de una amplia gama de productos y de hemoderivados. El Gobierno afirma que Pindo no era totalmente competente, pero eso es también falso porque todos sabían que tenía plena capacidad mental y que era consciente de su situación, y en lugar de atender su voluntad, acuden a la auctoridad judicial para imponer su tratamiento médico".

Violación de la vida privada por divulgar identidad y obligar al test diagnóstico del VIH

ADS. El asunto *OG y otros v. Grecia*, cuya sentencia se hizo pública el 23 de enero por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se refiere a la publicación, por decisión de las autoridades nacionales, de datos médicos sobre prostitutas que habían sido diagnosticadas como seropositivas al VIH, y a la cobertura mediática de las mismas, así como a la obligación a someterse a un análisis de sangre para diagnosticar el VIH.

En la sentencia *TEDH de 23 de enero de 2024 (demandas nº 71555/12 y 48256/13)* la Sala declara por unanimidad que se produjeron dos violaciones: una del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con respecto a dos demandantes, debido a los análisis de sangre que les habían requerido realizar. El Tribunal considera que las muestras de sangre impuestas a dos demandantes constituyeron una injerencia en su vida privada y señaló que no es conforme a la ley en el sentido del artículo 8 del Convenio, dado que las disposiciones del derecho interno sobre la cuestión deberían haber sido previsible en cuanto a sus efectos para los demandantes. En particular, el Tribunal observó que ninguna de las disposiciones citadas por el Gobierno podía justificar una intervención médica, ya sea realizada por agentes de policía o por médicos, como la impuesta a los demandantes en cuestión.

Y una violación del derecho al respeto de la vida privada del Convenio Europeo respecto de cuatro demandantes, debido a la publicación de datos que les conciernen, lo que supone una injerencia desproporcionada en su derecho al respeto de su vida privada. Los nombres y fotografías, y la información de que eran seropositivas fueron descargadas del sitio web del departamento de policía y difundidos por los medios de comunicación.

Daños morales por internar a delincuente enfermo mental en centro penitenciario

ADS. En la sentencia del 9 de enero de 2024 relativa al caso *Miranda Magro v. Portugal* (demanda nº 30138/21), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) considera, por unanimidad, que se ha producido una violación del artículo 3 (prohibición de tratos inhumanos y degradantes) del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, y una violación del artículo 5 § 1 (derecho a la libertad y a la seguridad) por internar a un enfermo mental en un centro penitenciario (en su unidad psiquiátrica) como medida de prisión preventiva en lugar de hacerlo en un establecimiento psiquiátrico.

El Sr. Miranda Magro reclamó 75.000 euros por daños morales. El Tribunal considera que el demandante sin duda sufrió angustia a causa de su detención sin el tratamiento adecuado para su trastorno mental, en violación del artículo 3 y del artículo 5.1 del Convenio.

Haciendo su evaluación sobre una base equitativa y teniendo en cuenta el hecho de que la detención del demandante en la unidad psiquiátrica del *Hospital Penitenciario de Caxias* entre el 14 de abril de 2021 y el 18 de octubre de 2021 duró más de seis meses, **el Tribunal le concede 34.000 euros por daños no materiales.**

La prisión preventiva fue ordenada por los tribunales tras determinar en 2019 que no era penalmente responsable de una serie de presuntos delitos debido a su trastorno mental (habiendo sido diagnosticado con **esquizofrenia paranoide** en 2002).

El Tribunal concluyó, en particular, que no se había garantizado una atención adecuada al Sr. Miranda Magro durante su detención, lo que tenía implicaciones para su salud. También concluyó que su detención en un centro penitenciario —inadecuado

para un enfermo mental— sin la atención adecuada había causado confusión y miedo, en violación de sus derechos. El Tribunal sostiene, conforme al artículo 46 (fuerza vinculante y ejecución de sentencias), que las violaciones no eran atribuibles únicamente a las circunstancias personales del Sr. Miranda Magro, sino que eran el **resultado de un problema estructural. Instó al Estado portugués a garantizar condiciones de vida apropiadas y un tratamiento adecuado e individualizado a las personas con enfermedades mentales.**

El demandante, Rui Miguel Miranda Magro, es de nacionalidad portuguesa, nació en 1975 y reside en Évora (Portugal). Al señor Miranda Magro le diagnosticaron esquizofrenia paranoide en 2002. En septiembre de 2019 fue **declarado culpable de daños criminales, amenazas y acoso sexual, pero no responsable penalmente.**

El *Tribunal Penal de Évora* ordenó su prisión preventiva por un máximo de tres años en un centro psiquiátrico. Sin embargo, suspendió esa orden con la condición de que se sometiera al tratamiento psiquiátrico necesario en el *Hospital Espírito Santo de Évora*.

Como el Sr. Miranda Magro había faltado a algunas citas o no había visto a un especialista cuando asistía a ellas, y se habían formulado nuevas acusaciones penales graves contra él, las autoridades concluyeron que se encontraba en una situación vulnerable.

Como resultado, en febrero de 2021 el Juzgado Penal concluyó que había incumplido los términos de la suspensión de su prisión preventiva y ordenó su internamiento. En abril de ese año, debido a la escasez de espacio en el Hospital Júlio de Matos de Lisboa, fue internado en la unidad psiquiátrica del Hospital Penitenciario de Caxias en espera de ser admitido fuera del sistema penitenciario.

La sentencia de la Sala no es definitiva. Durante el plazo de tres meses siguiente a su entrega, cualquier parte podrá solicitar que el caso sea elevado a la Gran Sala del Tribunal. Si se hace tal solicitud, un panel de cinco jueces considerará si el caso merece un examen más detenido. En ese caso, la Gran Sala conocerá el caso y dictará sentencia definitiva.

Si se rechaza la solicitud de remisión, la sentencia de la Sala quedará firme ese día. Una vez que una sentencia es firme, se transmite al Comité de Ministros del Consejo de Europa para que supervise su ejecución.

El hermano del Sr. Miranda Magro presentó un recurso de *habeas corpus* ante la Corte Suprema de Justicia, alegando que su hermano estaba detenido ilegalmente en el Hospital Penitenciario de Caxias. Esto fue desestimado, pero el Tribunal Supremo sí tomó nota del carácter temporal de su detención en el Hospital Penitenciario de Caxias y de que debería ser trasladado urgentemente a un centro de atención sanitaria fuera del sistema penitenciario.

En cuanto a las condiciones y la atención en el Hospital Penitenciario de Caxias, el demandante afirmó que no había recibido el tratamiento médico requerido por su problema de salud mental, sino que había sido tratado con medicación excesiva que tenía efectos duraderos.

Afirmó que el hospital penitenciario no era una institución de salud mental y no era un centro adecuado para retenerlo, lo que había provocado un deterioro de su condición.

El Gobierno afirmó, sin embargo, que el señor Miranda Magro había recibido la atención adecuada, que se aplicó un plan de tratamiento acordado llevado a cabo por un equipo multidisciplinario, que recibió la medicación adecuada y ha podido participar en actividades mientras estaba detenido, y mantener contacto con su hermano.

Además, las condiciones de su detención—dice la representación del Gobierno de Portugal— fueron adecuadas y no fue sometido a tratos inhumanos y degradantes. El 18 de octubre de 2021, el Sr. Miranda Magro fue trasladado a la Clínica Psiquiátrica Sobral Cid, un centro de salud mental en Coimbra.

El texto completo de la sentencia puede consultarse en el siguiente enlace:
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-229894>
Un resumen de este caso está disponible en la base de datos del TDEH
 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-14267>).

Prescribe la acción por demorar segunda opinión para confirmar un posible un error diagnóstico

ADS. La Audiencia Nacional (AN) desestima la reclamación por error diagnóstico de enfermedad mental al considerar prescrita la acción porque el paciente demoró indebidamente la posibilidad de comprobar la corrección del diagnóstico emitido inicialmente con una segunda opinión médica.

Según el demandante, el hecho dañoso fue el error padecido en junio de 2013 al diagnosticarse por el Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla como trastorno esquizofreniforme el padecimiento psiquiátrico por el que fue allí atendido, incluyéndose en su historia clínica, lo que le habría producido daños morales derivados de haber tenido que convivir con dicho diagnóstico erróneo hasta el descubrimiento del error y le habría agravado la enfermedad mental que ya padecía.

Para dilucidar el inicio del cómputo de la prescripción, la AN atiende al momento en que se manifestó el efecto lesivo del evento dañoso. El paciente afirma que solo pudo producirse al conocer la existencia del error en el mes de octubre de 2020, de modo que la presentación de la solicitud el día 25 de noviembre posterior se habría producido dentro de plazo legalmente establecido de un año.

La Sala rechaza este argumento por referencia a la doctrina de la *actio nata* (la acción nace cuando pudo ejercitarse) y considera que el actor pudo en cualquier momento consultar una segunda opinión médica sobre sus padecimientos psíquicos.

"En definitiva, de acuerdo con su sola voluntad, el actor demoró indebidamente la posibilidad de comprobar la corrección del diagnóstico emitido en 2013 y, en consecuencia, el ejercicio mismo de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuyo plazo de prescripción, por lo tanto, pudo computarse ya desde la emisión misma del

diagnóstico", afirma la AN. La sentencia añade que el momento inicial del plazo de prescripción habría sido demorado por voluntad propia del recurrente, que al posponer el ejercicio de la acción por su sola voluntad, habría mantenido abierto el proceso de desarrollo de las consecuencias dañosas que pudieran haberse derivado de aquel pretendido error de diagnóstico, impidiendo así su determinación definitiva.

El demandante afirma que no solicitó una segunda opinión hasta que le surgieron las dudas durante el período del confinamiento por la declaración del estado de alarma en el mes de marzo de 2020, y que en octubre de 2020 acudió al psiquiatra, quien detectó el error cometido en el Hospital Gómez Ulla.

Tal error quedó descartado, según la abogada del Estado, por emitir el informe un especialista en psiquiatría, y porque el aportado por el recurrente, dado su escaso detalle y concisión, fue rechazado por el jefe de psiquiatría del Hospital Gómez Ulla en un informe que obra en el expediente.

En la demanda reclamaba además de los daños morales que se eliminara de su historial el diagnóstico emitido en su día.

Añade la sentencia que "(...) la relación del hecho dañoso con la producción del perjuicio se habría visto incidida por la propia actuación de la víctima, desapareciendo así el nexo causal necesario para hacer surgir la responsabilidad patrimonial de la Administración".

"En consecuencia, de una u otra forma, la acción de responsabilidad patrimonial habría quedado extinguida por transcurso de tiempo sin su ejercicio o no habría nacido por intervención de la víctima en la producción del daño", concluye el Tribunal.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 294 / Jul. Agosto 294. El derecho de rectificación no alcanza a datos de la historia clínica si son correctos.

ADS nº 230 / Oct. 2015. Supremo / Médico absuelto por prescribir el plazo para reclamar.

ADS nº 233 / Enero 2016. Daños por psicofármaco: absolución por prescribir una dosis superior.

ADS nº 290 / Marzo 2021. Agreal / La Audiencia de Valencia desestima demandas por prescribir la acción.

SAN, Contencioso, del 29 de noviembre de 2023
 (ROJ: SAN 6125/2023- ECLI:ES:AN:2023:6125)
 Id. CENDOJ: 28079230052023100889
 Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid Sección: 5 Recurso: 1819/2021
 Fecha de Resolución: 29/11/2023
 Procedimiento: Procedimiento ordinario
 Ponente: EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ
 Tipo de Resolución: Sentencia
 Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

AUDIENCIA NACIONAL
 Sala de lo Contencioso-Administrativo
 SECCIÓN QUINTA

Núm. de Recurso: 0001819 /2021
 Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
 Núm. Registro General: 14881/2021

Demandante: D. Enrique
 Procurador: SRA. CENTOIRA PARRONDO, ESTHER

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA
 Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ

Ilmo. Sr. Presidente:
 D. JOSÉ LUIS GIL IBÁÑEZ
 Ilmos. Sres. Magistrados:
 D^a. ALICIA SANCHEZ CORDERO
 D^a. FATIMA BLANCA DE LA CRUZ MERA
 D. EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ

Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil veintitrés. Esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso contencioso-administrativo seguido por el procedimiento en primera o única instancia número 1819/2021, promovido por D. Enrique, representado por la Procuradora de los Tribunales D.^a Esther Centoira Parrondo y defendido por el Letrado D. David Domínguez Beneitez, en relación con reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida al Ministerio de Defensa, habiendo sido parte demandada la Administración del Estado, representada y defendida por la Sra. Abogada del Estado.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Eduardo Hinojosa Martínez, Magistrado de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Procedimiento administrativo previo. Con fecha de 25 de noviembre de 2020, el Sr. Enrique presentó reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración del Estado, Ministerio de Defensa, por daños sufridos como consecuencia de la utilización de datos erróneos en el historial clínico de aquel.

Con fundamento en la prescripción de la acción, la reclamación fue inadmitida por la resolución de 5 de marzo de 2021, de la Ministra de Defensa, contra la que se sigue el presente recurso.

SEGUNDO.- Interposición del recurso, demanda y contestación

Interpuesto el recurso ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, por Auto de 28 de junio de 2021 del Juzgado Central número 6, al que fue turnado, se declaró la incompetencia para su conocimiento y resolución, acordándose su remisión a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, donde tras ser asignado a esta Sección fue admitido a trámite.

Reclamado y recibido el expediente administrativo, se trasladó al actor con su emplazamiento para formalizar la demanda, haciéndolo así su representación mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando a la Sala la estimación de "...las pretensiones expuestas por esta parte, revocando la resolución por la que se inadmite la reclamación de responsabilidad patrimonial y retro trayendo actuaciones, para tras ello proceder a la pertinente tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial..".

Mediante otrosí del escrito de demanda se pidió también "...en conformidad al art. 34 LJCA y conforme a lo establecido en el art. 31.2 LJCA.." que "...se reconozca una situación jurídica individualizada ya solicitada en escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, acción acumulada sobre la que la Administración no se pronuncia en la inadmisión, esto es que se declare por el juzgador, el derecho de mi mandante a que se proceda a la eliminación del historial clínico el diagnóstico de trastorno esquizofreniforme de sus centros sanitarios, ya fuera en formato papel, electrónico o cualquier otro, todo ello, en aras que no persista el daño antijurídico ocasionado..". Una vez emplazada para ello, la Sra. Abogada del Estado contestó a la demanda por medio

de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó suplicando a la Sala que dicte "...sentencia desestimatoria de las pretensiones de la parte actora..".

TERCERO.- Prueba y terminación

Tras el recibimiento a prueba con la práctica de la que considerada admisible pudo cumplimentarse dentro del período probatorio, sin haberse acordado la celebración de vista ni la presentación por las partes de conclusiones escritas, quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, que ha tenido lugar el día 28 de noviembre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contenido de la resolución impugnada

La resolución de 5 de marzo de 2021, de la Ministra de Defensa, contra la que se sigue el presente recurso, acordó inadmitir la reclamación presentada por el recurrente el día 25 de noviembre de 2020, de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados por la inclusión de datos clínicos erróneos en el historial clínico de aquel, con ocasión de su ingreso en el Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla el día 16 de junio de 2013, con diagnóstico de trastorno esquizofreniforme, que pasó a formar parte del mencionado historial clínico y del de otros centros del Servicio Madrileño de Salud, considerando el actor incorrecto dicho diagnóstico y causante de un constante padecimiento tanto en el ámbito profesional como en el personal, agravando los problemas psicológicos que padecía realmente. Por incapacidad temporal y agravación de enfermedad mental, perjuicio excepcional y daño desproporcionado, se reclamó la cantidad de 98.440,44 euros.

La inadmisión de la reclamación se basó en el transcurso, al tiempo de su presentación, del plazo de un año establecido para ello, contado desde la emisión del mencionado diagnóstico en el mes de junio de 2013.

SEGUNDO.- Cuestiones planteadas por las partes

Tras reiterar el anterior fundamento, la demanda afirma que "...coincidiendo con el confinamiento.." acordado por el Covid 19, comenzaron las dudas del actor sobre el posible error en el diagnóstico emitido, dedicándose entonces a reunir el historial completo para buscar una segunda opinión, acudiendo concretamente

al Dr. Javier, especialista en Psiquiatría que, tras su examen el 27 de octubre de 2020, concluyó en el error padecido en el Hospital Gómez Ulla, según puede verse en el informe aportado con la reclamación administrativa (folios 12 y siguientes) entonces presentada.

La demanda rechaza la prescripción apreciada en vía administrativa, alegando para ello la necesidad de considerar como momento de inicio del cómputo del plazo el de la manifestación del efecto lesivo del hecho dañoso o el de curación o determinación del alcance de las secuelas, argumentando para ello que no pudo ejercitar la acción antes de conocer el error padecido al acudir al mencionado facultativo.

Se queja también el recurrente de la omisión por la Administración de toda respuesta a la petición, también incluida en la reclamación, de supresión del diagnóstico de su historia clínica, basada en el incumplimiento de los principios fundamentales rectores de la utilización, custodia, archivo y transmisión de la información y documentación clínica, de acuerdo con 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, y reconocedora del derecho del recurrente a la eliminación del diagnóstico erróneo de su historia clínica (artículos 2 y 15), invocando también la aplicación del Reglamento europeo de protección de datos 2016/679, de 27 de abril de 2016, en cuanto impone el tratamiento de los datos personales de manera lícita, leal y transparente, lo que no se produjo al mantener la Administración aquel dato erróneo, sin que quepa tampoco su tratamiento ulterior, sin trascendencia actual y sin consentimiento de su titular, todo ello, en fin, con desconocimiento, se dice, de la dignidad de la persona, de los derechos inviolables que le son inherentes y del derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículos 10 y 18 de la Constitución española).

Como ya se dijo, la demanda reclama la declaración judicial del derecho del actor a la eliminación de su historial del diagnóstico emitido en su día, pretensión que, de manera expresa y clara, se formula con fundamento en las previsiones de la Ley Jurisdiccional sobre el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y, por tanto, como derivada de la estimación de la pretensión principal de responsabilidad patrimonial.

La Sra. Abogada del Estado insiste en la extemporaneidad de la reclamación en los términos expuestos por la resolución recurrida, entendiendo en cualquier caso

inexiste el error denunciado por haberse emitido en el ámbito de la psiquiatría y, por tanto, con carácter dinámico, sujeto a evolución en diferentes formas en función de las características personales del paciente. Además, el citado error no quedaría probado por el informe aportado por el recurrente, dado su escaso detalle y concisión, quedando al mismo tiempo descartado por el informe del Jefe del Departamento de Psiquiatría del Hospital Gómez Ulla obrante en el expediente administrativo (folios 55 a 57).

La representación de la demandada rechaza asimismo la petición relacionada con la supresión del diagnóstico de la historia clínica del recurrente al depender su actualización de la opinión médica correspondiente.

TE RCERO.- Parecer de la Sala en relación con la prescripción de la acción de reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración

1. Limitación temporal del ejercicio de la acción dirigida a la reparación del daño supuestamente causado al recurrente

De acuerdo con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración prescribe "...al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo...", añadiendo que "...en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas..." (artículo 67.1; artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Según las precisiones que sobre este particular ha introducido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en concreto en su Sentencia de 21 de junio de 2011 (casación 4586/2009), en este aspecto debe distinguirse entre "... daños continuados, que como tales no permiten conocer aún los efectos definitivos de una lesión y en los que, por tanto, el "dies a quo" será aquél en que ese conocimiento se alcance; y daños permanentes, que aluden a lesiones irreversibles e incurables aunque no intratables, cuyas secuelas resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo por tanto cuantificables, por lo que los tratamientos paliativos o de rehabilitación ulteriores o encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance...". En este

mismo sentido pueden verse las Sentencias de 28 de febrero de 2007 (casación 5536/2003), de 1 de diciembre de 2008 (casación 6961/2004) y de 12 de septiembre de 2012 (casación 1467/2011), o más recientemente, la de 17 de octubre de 2019 (casación 5924/2017), según la cual "...la distinción entre daños continuados y permanentes, que se aplica con mayor predicamento en la responsabilidad sanitaria, ciertamente implicaría que en el caso de los daños continuados el daño se renueva en el tiempo y no es posible determinarlo correctamente hasta que se estabiliza por así decirlo. Mientras que los daños permanentes se pueden cuantificar desde que se producen...".

2. Las circunstancias del supuesto

Así las cosas, la decisión que deba adoptarse sobre la pretensión principal del recurrente debe partir de su adecuada consideración, que toma por base el hecho dañoso del error padecido en 2013 al diagnosticarse por el Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla como trastorno esquizofreniforme el padecimiento psiquiátrico por el que fue allí atendido, incluyéndose en su historia clínica, lo que le habría producido daños morales derivados de haber tenido que convivir con dicho diagnóstico erróneo hasta el descubrimiento del error y le habría agravado la enfermedad mental que ya padecía.

De acuerdo, pues, con los términos legalmente empleados (artículo 67.1 de la Ley 39/2015) y con lo que argumenta el recurrente, será preciso dilucidar si la determinación del inicio del cómputo de la prescripción debe atender al momento en que se manifestó el efecto lesivo del evento dañoso, lo que, como aquel afirma, solo pudo producirse al conocer la existencia de error en el mes de octubre de 2020, de modo que la presentación de la solicitud el día 25 de noviembre posterior se habría producido dentro de plazo legalmente establecido.

Sin embargo, la Sala no puede acoger este argumento si se tiene en cuenta que, a tenor de la doctrina de la actio nata, a la que acude a estos efectos la demanda y en la que sin duda se sustenta en este punto la Ley, el actor pudo en cualquier momento consultar una segunda opinión médica sobre sus padecimientos psíquicos.

Incluso, esa posibilidad se encontraba ya entonces reconocida como un derecho por la citada Ley 41/2002, al consagrar el del paciente a decidir libremente, entre las opciones clínicas disponibles, después de recibir in-

formación adecuada (artículo 2.3), y su facultad de optar libre y voluntariamente entre dos o más alternativas asistenciales, entre dos o más facultativos o entre centros asistenciales, en los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes en cada caso (artículo 3).

El derecho a la segunda opinión fue reconocido específicamente por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (artículo 4), y como es evidente, su posible ejercicio dejaba bajo la dependencia exclusiva del actor el surgimiento de la posibilidad de accionar frente a la Administración, lo que, sin embargo, no hizo hasta que, según afirma, le surgieron las dudas durante el período del confinamiento por la declaración del estado de alarma en el mes de marzo de 2020, es decir, sin que existiera, en realidad, circunstancia alguna que le impidiera comprobar con anterioridad la existencia del pretendido error acudiendo a una segunda opinión médica.

En definitiva, de acuerdo con su sola voluntad, el actor demoró indebidamente la posibilidad de comprobar la corrección del diagnóstico emitido en 2013 y, en consecuencia, el ejercicio mismo de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuyo plazo de prescripción, por lo tanto, pudo computarse ya desde la emisión misma del diagnóstico.

Al mismo resultado se llega desde la perspectiva de los términos empleados por la Ley fijar el inicio del plazo de prescripción de la indemnización de las lesiones personales, concretado en el momento en el que se determina el alcance de las secuelas, alcance que, según lo dicho y por la razón apuntada, habría sido demorado por voluntad propia del recurrente, que al posponer el ejercicio de la acción por su sola voluntad, habría mantenido abierto el proceso de desarrollo de las consecuencias dañosas que pudieran haberse derivado de aquel pretendido error de diagnóstico, impidiendo así su determinación definitiva.

Si se prefiere, en esa medida, la relación del hecho dañoso con la producción del perjuicio se habría visto incidida por la propia actuación de la víctima, desapareciendo así el nexo causal necesario para hacer surgir la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En consecuencia, de una u otra forma, la acción de responsabilidad patrimonial habría quedado extinguida por razón del transcurso de tiempo sin su ejercicio o no habría nacido por intervención de la víctima en la producción del daño.

CUARTO.- Sobre la pretensión de supresión del diagnóstico en la historia clínica

De igual sentido desestimatorio debe ser la respuesta a la pretensión del actor sobre la supresión en su historia clínica del diagnóstico considerado erróneo, pretensión esta que, según lo observado ya, se introdujo en la demanda como de plena jurisdicción, es decir, de reconocimiento de la situación jurídica individualizada incidida por el hecho dañoso y la responsabilidad patrimonial de la Administración, de modo que al no haberse podido reconocer dicha responsabilidad por la razón anteriormente expuesta, tampoco puede acogerse esa otra pretensión por congruencia con lo expresamente pedido por el recurrente.

QUINTO.- Conclusión de la Sala

Como puede verse, ninguna de las razones en que se sustenta merece ser atendida, por lo que el recurso debe ser desestimado, y ello, de conformidad con lo establecido al respecto por la Ley Jurisdiccional (artículo 139.1), con la obligada condena del recurrente al pago de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Enrique en relación con la resolución de 5 de marzo de 2021, de la Ministra de Defensa, de inadmisión de reclamación de responsabilidad patrimonial.

SEGUNDO.- No emitir pronunciamiento expreso alguno sobre el pago de las costas causadas en esa instancia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Recursos: La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta, así como la constitución del depósito de 50 euros, en caso preceptivo, en la cuenta del B. Santander 2605000000, con indicación del número de procedimiento y año.

Anulan sanción a médico por emitir informe aportado a juicio contra su empleador

ADS. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia confirma la sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 1 de Santiago de Compostela que declaró no conforme a Derecho la sanción impuesta a un médico estatutario del Servicio Gallego de Salud (Sergas) por causa de incompatibilidad al emitir un informe para una paciente privada que después fue aportado a un procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido contra el *Sergas*.

La Administración sanitaria presentó recurso contra la sentencia considerando que la autorización de compatibilidad de la actividad pública y privada concedida al médico lo es para el desempeño en una consulta privada y para la docencia en la Universidad como profesor asociado.

La representación del *Sergas* afirma que el 21 de marzo de 2019 atendió en su consulta privada a una paciente y emitió un informe médico otorrinolaringológico que después sería integrado en una reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia prestada a dicha paciente por el *Sergas*. Sostiene el *Sergas* que el informe tiene carácter pericial porque recoge pormenorizadamente las secuelas de las intervenciones realizadas en los centros del *Sergas*, lo que supone un incumplimiento de las normas de incompatibilidad por cuanto implica una clara colisión de intereses.

El Tribunal no comparte que el informe fuera pericial ni que el médico actuara como perito, pues cualquier facultativo, sea o no dependiente de la Administrador, está obligado a emitir informe en su consulta privada si un paciente se lo solicita, sea este paciente privado o proveniente del *Sergas* u otra Administración sanitaria.

A mayor abundamiento, "no ha quedado acreditado que el demandante tuviera conocimiento de

que el informe médico que le expidió a la paciente, fuera a ser utilizado por ella en un procedimiento judicial de reclamación de responsabilidad; difícil resulta, por tanto, atribuirle a ese informe médico su carácter de pericia cuando no ha sido emitido en el marco de un procedimiento judicial o administrativo o con la intención de que fuese incorporado a uno de ellos".

Sigue la sentencia que la obtención de un informe médico por el paciente es un derecho- garantía que contemplan los artículos 3, 15 y 20 de la *Ley 41/2002 de , de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, y también en el artículo 10 de la *Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia*.

"Pero, a la vez, la emisión del informe médico es una obligación del facultativo que deberá expedirlo sin que pueda preguntar a la paciente qué finalidad va a darle al referido informe y cuál va a ser su destino", concluye el Tribunal.

De otro lado, la sentencia expresa que no cabe sancionar la conducta bajo un precepto, el artículo 72.3.h) de la *Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, que es relativo al "incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no suponga el mantenimiento de una situación de incompatibilidad".

En *ADS nº 320 / Dic. 2023* informamos de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que confirma la sanción de dos años de funciones a un médico estatutario del Servicio Murciano de Salud por ejercer como perito médico judicial en procesos de responsabilidad patrimonial, y dos meses por prestar sus servicios en su propia clínica y en otra perteneciente a Adeslas, sin haber obtenido previamente autorización de compatibilidad.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 314 / Mayo 2023. Compatibilidad para ejercer en segundo puesto asistencial por interés público.

ADS nº 171 / Mayo 2010. El Constitucional respalda la incompatibilidad de farmacéuticos interinos en Canarias.

ADS nº 171 / Mayo 2010. *La incompatibilidad forzosa de farmacia transferidos es legal, dice el Supremo.*

ADS nº 176 / Nov. 2010. *CATALUÑA / Oferta de compatibilidad a médicos del sector público.*

ADS nº 215 / Mayo 2014. *Compatibilidad entre actividad privada y pública de farmacéutico.*

ADS nº 182 / Mayo 2011. *ORDEN / Pensión y actividad privada incompatibles.*

STSJ, Contencioso, sección 1,
del 01 de diciembre de 2023
(ROJ: STSJ GAL 8038/2023-ECLI:ES:TSJGAL:2023:8038)
Id. CENDOJ: 15030330012023100894
Órgano: Tribunal Superior de Justicia.
Sala de lo Contencioso Sede: Coruña (A)
Sección: 1 Sentencia: 884/2023 Recurso: 418/2023
Fecha de Resolución: 01/12/2023
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: BENIGNO LOPEZ GONZALEZ
Tipo de Resolución: Sentencia
Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

LA CORUÑA

SENTENCIA: 00884/2023

Ponente: D. BENIGNO LÓPEZ GONZÁLEZ

Recurso de apelación núm. 418/2023

Apelante: Servicio Gallego de Salud

Apelada: D. Raúl

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la siguiente

Ilmos. Sres.

D. Benigno López González.- Presidente

D. Luis Ángel Fernández Barrio

Dña. María Amalia Bolaño Piñeiro

La Coruña, a 1 de diciembre de 2023.

El recurso de apelación 418/2023, pendiente de resolución ante esta Sala, fue promovido por el Servicio Gallego de Saúde, representado y asistido por el/la Le-

trado/a del SERGAS, contra la Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2023, dictada en el Procedimiento Abreviado 401/2021, por el Juzgado de lo Contencioso administrativo número 401/2021, sobre Función Pública-procedimiento sancionador; siendo parte apelada don Raúl, representado por la procuradora doña Natividad Alfonsín Somoza y asistido por el letrado don José María Santiago Morales.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Benigno López González.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Que, con estimación del recurso contencioso-administrativo, presentado por la procuradora D^a. Natividad Alfonsín Somoza en nombre y representación de la parte demandante, contra la resolución de 29 de julio de 2021 que desestima el recurso de alzada contra la resolución dictada el 17 de marzo de 2021 en el expediente sancionador en materia de incompatibilidades(5/20-M), DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NO CONFORMIDAD A DERECHO; sin costas".

SEGUNDO.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, y

PRIMERO.- Don Raúl interpuso recurso contencioso administrativo contra resolución de la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia, de fecha 29 de julio de 2021, desestimatoria de recurso de alzada planteado frente a otra, de la Secretaría General Técnica, de 17 de marzo anterior, por la que se le impuso al demandante, como autor de una infracción grave, prevista en el artículo 72.3.h) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (" incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no suponga el mantenimiento de una situación de incompatibilidad"), la sanción de suspensión de funciones por tiempo de 5 días de [artículo 73.1.c) de la expresada Ley].

Disconforme con dicha decisión el Sr. Raúl acudió a la Jurisdicción y el Juzgado de lo Contencioso administrativo n.º 1 de Santiago de Compostela, por sentencia de fecha 5 de septiembre de 2023, estimó el recurso contencioso administrativo planteado y anuló el acto administrativo impugnado por entenderlo contrario al ordenamiento jurídico, dejando sin efecto la sanción impuesta.

Contra dicha sentencia, se promueve el presente recurso de apelación por la Letrada del SERGAS, interesando su revocación y que, en su lugar, se dicte otra por la que se desestimen íntegramente los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda rectora.

A ello se opone la representación de don Raúl que insta la plena confirmación de la resolución judicial apelada.

SEGUNDO.- El Sr. Raúl, facultativo médico especialista en Otorrinolaringología, que presta servicio en el Complejo Hospitalario Universitario de Santiago de Compostela (CHUS), simultanea esta actividad pública con la privada que desarrolla en una consulta sita en la calle Domingo García Sabell, n.º 3 Bajo, de dicha ciudad.

La compatibilidad entre ambas actividades le fue concedida, tras solicitarla oportunamente, en los siguientes términos: " Compatibilidad para la actividad pública complementaria como profesor asociado en Ciencias de la Salud de la Universidad de Santiago de Compostela y actividad privada en una consulta de la ciudad de Santiago de Compostela, calle Domingo García Sabell".

Ejerce la actividad privada, si bien no percibe complemento específico, desde el 1 de mayo de 2007.

Se le imputa que, en fecha 21 de marzo de 2019, atendió en la expresada consulta privada a doña Delia, emitiendo un informe médico pericial otorrinolaringológico que fue integrado en una reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia prestada a dicha paciente por el Servicio Gallego de Salud.

Considera la Administración demandada que la emisión de un informe pericial que recoge pormenorizadamente las secuelas de las intervenciones realizadas en los centros del SERGAS supone un incumplimiento de las normas de incompatibilidad por cuanto implica una clara colisión de intereses. Y añade que el actor emitió un informe como perito médico lo que revela que estuvo llevando a cabo una actividad privada sin haber obtenido la compatibilidad en los términos que

impone el artículo 14 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas que, en su párrafo primero, establece: " El ejercicio de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales fuera de las Administraciones Públicas requerirá el previo reconocimiento de compatibilidad".

TERCERO.- Parece querer dar a entender la parte demandada, por un lado, que el informe al que alude es un informe pericial y, por otro, que su emisión queda al margen de la compatibilidad autorizada en su día para el ejercicio de la actividad privada de consulta de otorrinolaringología por cuenta propia.

Mantener que la emisión de informes periciales es una actividad privada que nada tiene que ver con el ejercicio privado de la medicina, no resulta de recibo.

Dejando a un lado que el informe pueda o no ser calificado como pericial, lo cierto es que su emisión encaja plenamente en el marco competencial de un facultativo especialista, tanto en su actividad pública como privada. Y no cabe duda que el actor está autorizado para el ejercicio de esta actividad privada en virtud de la compatibilidad que, a tal fin, le ha sido concedida.

No existe ni una profesión, ni una actividad específica y exclusiva de "perito judicial" independiente, en este caso, de la de médico especialista. Tampoco existe una titulación específica, distinta de la de Medicina, que habilite a una persona para la emisión de un informe médico pericial. Lo que el SERGAS afirma acerca de que el ejercicio de la actividad privada no permite la emisión de informes periciales carece de sustento normativo.

Pero también resulta significativo que el demandante ya intervino en otro procedimiento judicial como perito, precisamente a propuesta del SERGAS (PO 543/2014), ante el Juzgado de lo Contencioso administrativo n.º 1 de Santiago de Compostela, en materia de responsabilidad patrimonial contra el SERGAS por negligencia médica. En ese caso, el informe que emitió el actor fue favorable a los intereses del SERGAS, toda vez que no se había producido negligencia alguna.

Es más, tal y como recoge la sentencia apelada, el Dr. Raúl había intervenido también en otros dos procedimientos judiciales, en los que también era parte el SERGAS, sin que se hubiere formulado objeción por parte de este. Es de destacar que, en uno de ellos, el PO 190/2020 del Juzgado de lo Contencioso administrativo n.º 4 de A Coruña, ya estando en curso el expediente

sancionador que nos ocupa, dicho órgano judicial designó al actor como perito en el marco de un procedimiento de reclamación de responsabilidad contra el SERGAS. En la duda que le generaba al actor la aceptación del cargo de perito, dada la pendencia del expediente sancionador, puso en conocimiento del Juzgado, vía e-mail, en fecha 10 de diciembre de 2021, lo siguiente: " ... les comunico la aceptación del cargo, si bien deseo comunicar al Juzgado que soy personal médico estatutario especialista en otorrinolaringología en el Complejo Hospitalario Universitario de Santiago de Compostela. Esto no me impide desempeñar el cargo con objetividad e imparcialidad y según mi leal saber y entender, pero desconozco si la aceptación de nombramiento de perito me colocaría en situación de incompatibilidad conforme a la Ley 53/1984, por lo que solicito respetuosamente que por el Juzgado se me aclare este extremo".

El Juzgado dio traslado de ese e-mail al SERGAS y este organismo, el 23 de diciembre de 2021, respondió que no manifestaba oposición alguna mostrando su conformidad con el nombramiento y la aceptación del cargo de perito.

O sea que, por un lado, el SERGAS refiere que es incompatible el cargo de perito con el ejercicio de la medicina y, por otro, no se opone a que el actor, que ya había sido sancionado en ese momento, actúe como tal en un procedimiento judicial. Difícilmente comprensible tan evidente contradicción, salvo que tengamos en cuenta que en el PO 543/2014 y en el PO 190/2020 los informes del actor resultaron favorables al SERGAS, mientras que en el que nos ocupa fue contrario a sus intereses.

CUARTO.- En apoyo de su postura, el SERGAS sostiene que el actor no solo realizó una labor pericial, sino que, además, en relación a una paciente del Hospital del Barbanza, es decir, del Área sanitaria de Santiago de Compostela en la que el Sr. Raúl presta sus servicios como personal estatutario fijo. Afirma que ello vulnera lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley 53/1984, por realizar actividades relacionadas con el departamento, organismo o entidad en el que está destinado.

No comparte tal aserto esta Sala; no ha quedado acreditado que el demandante tuviera conocimiento de que el informe médico que le expidió a la paciente, fuera a ser utilizado por ella en un procedimiento judicial de reclamación de responsabilidad; difícil resulta, por tanto, atribuirle a ese informe médico su carácter de pericia cuando no ha sido emitido en el marco de un

procedimiento judicial o administrativo o con la intención de que fuese incorporado a uno de ellos. La obtención de un informe médico es un derecho del paciente contemplado tanto en los artículos 3, 15 y 20 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, como en el artículo 10 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.

Pero, a la vez, la emisión del informe médico es una obligación del facultativo que deberá expedirlo sin que pueda preguntar a la paciente qué finalidad va a darle al referido informe y cuál va a ser su destino.

El Dr. Raúl no tuvo relación alguna profesional con la paciente fuera de su consulta privada, no habiéndola atendido en ningún centro vinculado al SERGAS y ninguna relación mantiene con el Hospital del Barbanza donde aquella había sido asistida. La tesis del SERGAS, al interpretar el régimen de incompatibilidades, conduciría al absurdo de que por el simple hecho de ser personal estatutario del servicio público de salud no podría atender en su consulta privada a pacientes que, a su vez, hubieran sido atendidos por el SERGAS o sean susceptibles de recibir esa atención.

Pero aun en el caso de que admitiésemos que el actor era conocedor del destino y finalidad del informe expedido, ello no habría supuesto impedimento o menoscabo para el desempeño de su trabajo al servicio del SERGAS, ni riesgo para su imparcialidad o independencia en el ejercicio de sus funciones. De su informe no cabe desprender lesión de lo que es objeto de protección a través del régimen de incompatibilidades.

No podemos olvidar que en la práctica totalidad de reclamaciones por responsabilidad patrimonial contra el SERGAS intervienen como peritos, de parte o por designación judicial, facultativos especialistas del propio SERGAS en el ejercicio de su actividad privada, cuando ninguno de ellos tiene reconocida la compatibilidad a tal fin. De hecho, con posterioridad a ser sancionado el actor, en el marco de otro procedimiento judicial (PO 190/2020) el SERGAS y su entidad aseguradora, consideraron que el hecho por el que aquel había sido sancionado no incumplía la normativa de incompatibilidad. Para la emisión de informes médicos no se requiere una autorización de compatibilidad especial.

La justificación de la sanción que mantiene el SERGAS solo puede ser entendida si lo que con ello persigue es evitar que un informe médico imparcial y objetivo

pueda resultar desfavorable para sus intereses. Y esto no puede encontrar en Derecho el amparo pretendido. A mayor abundamiento, difícilmente puede tener encaje la conducta sancionada en el ámbito tipificador de la infracción grave, prevista en el artículo 72.3.h) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (" incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no suponga el mantenimiento de una situación de incompatibilidad".

Por todo lo cual procede la desestimación del recurso de apelación promovido y la íntegra confirmación de la sentencia recurrida.

QUINTO .- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa de 1998, han de imponerse a la parte apelante las costas de esta segunda instancia, al desestimarse totalmente el recurso; de conformidad con lo indicado en dicho precepto legal, se fija en 1.000 euros la cuantía máxima a percibir en concepto de honorarios de Letrado de la defensa de la parte apelada.

VISTOS LOS ARTÍCULOS CITADOS Y DEMÁS PRECEPTOS DE GENERAL Y PERTINENTE APLICACIÓN.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Letrada del SERGAS y confirmar la sentencia apelada, dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo n.º 1 de Santiago de Compostela, en fecha 5 de septiembre de 2023.

Imponer a la parte recurrente las costas procesales causadas en esta alzada, en los términos y con la limitación cuantitativa establecida en el Fundamento de Derecho Quinto.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a

trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-01-0418-23), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así se acuerda y firma.

Desestiman una demanda por amputación de pie diabético y posterior fallecimiento

ADS. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestima la reclamación de la familia del paciente que sustenta en la falta de atención temprana de pie diabético que desemboca en la amputación y posterior óbito, y cuyos hechos se desenvuelven en el espacio temporal de dos semanas.

Su sentencia considera que no hubo desatención, que la demora de 12 horas es intrascendente, que la gangrena era húmeda, por lo que la infección resultaba incontrolable, que la amputación no tuvo mala evolución, por lo que la causa más previsible del fallecimiento fue un ictus o un infarto vinculado al estado previo del paciente, pluropatológico (con afecciones arteriales importantes).

La mutilación era inevitable, la única opción terapéutica y es un riesgo posible en un 80 por ciento de casos. El fallecimiento no fue debido a la amputación sino a un evento isquémico agudo, "de probable origen cardiológico y/o neurológico" que se relaciona con la pruripatología basal y estado preexistente, según las periciales.

Destaca el informe de los **peritos de la aseguradora**, especialistas en angiología y cirugía vascular y en cirugía general y del aparato digestivo, respectivamente, la enfermedad arterial periférica e isquemia crónica de los miembros inferiores que venía soportando el fallecido.

Precisan que una de las formas más peligrosas de la enfermedad arterial es la arteriopatía diabética causada por la diabetes mellitus, tipo 2, que exige un cuidado especial, y que puede generar, con origen traumático heridas de **mal pronóstico y rápida evolución**, de forma que lesiones inicialmente banales pueden complicarse drásticamente y provocar cuadros graves de gangrena. Más del 80% de los pa-

cientes con pie diabético acaban con una amputación de la extremidad. Se trata de la **primera causa de amputación en Europa y Estados Unidos**. Además presenta una altísima recurrencia ya que la enfermedad que lo origina, la diabetes, es crónica y su control y seguimiento son de difícil cumplimiento.

Afirman los peritos que se trata de un caso típico y frecuente en cualquier Servicio de Angiología y Cirugía Vascular, de paciente con múltiples patologías crónicas asociadas potencialmente muy graves, con afección vascular crónica.

Para el **perito de los demandantes**, especialista en Medicina Legal y Forense, no se adoptó una actitud intervencionista ante el empeoramiento del estado infeccioso y la aparición de gangrena y no hubo una derivación inmediata al hospital, demorando así las posibilidades de tratamiento.

Afirma que se obviaron signos que indicaban claramente un agravamiento de la patología, signos que, **en aplicación de los protocolos de actuación médica que refiere**, hubieran exigido su inmediato traslado a dicho centro hospitalario, como así hizo la familia en la mañana del día 19 de julio. Desde que se detecta la gangrena hasta el fallecimiento transcurren siete días.

Según este perito, la lesión no se manejó correctamente conforme a protocolos de actuación, generándose un injustificado retraso y una pérdida de oportunidad en la derivación a los especialistas, lo que quizás podría haber evitado la amputación, aunque reconoce que no es posible afirmar categóricamente que una derivación más precoz a un servicio especializado la hubiera evitado.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 309 / Dic. 2022. Amputación de pie: mala praxis. Omisión flebograpía y de información del riesgo.

ADS nº 308 / Nov. 2022. Única opción terapéutica e información de riesgos impiden indemnizar amputación (isquemia que causa amputación).

ADS nº 301 / Marzo 2022. Indemnizan retraso diagnóstico que pudo incidir en la amputación de las piernas.

ADS nº 306 / Sept. 2022. Amputación de cuatro extremidades por demora diagnóstica de sepsis postparto.

ADS nº 247 / Abril 2017. CASO DESIRE / Prisión e inhabilitación especial por demora diagnóstica de lesión vascular.

ADS nº 198 / Nov. 2012. OSTEOSÍNTESIS / Daño moral por no in-

formar del riesgo de amputación. especial por demora diagnóstica de lesión vascular.

ADS nº 247 / Abril 2017. *Gimnasta amputada / "El caso Desiré es insólito y no tan infrecuente". Conversaciones con Alfonso Iglesias, abogado defensor. I. Barreda, Director*

ADS. ADS nº 260 / Jun. 2018. *Daño moral por consentimientos deficientes en cirugía de amputación*

ADS nº 89 / 2002. *La indemnización más alta de España, por grave retraso diagnóstico de la infección. ADS nº 298 / Dic.. 2021. El consentimiento no cubre complicaciones por demora diagnóstica.*

ADS nº 188 / Dic. 2018. *TROMBOEMBOLISMO PULMONAR. Retraso diagnóstico, preventivo y terapéutico.*

STSJ, Contencioso, del 16 de noviembre de 2023
(ROJ: STSJ AS 2569/2023- ECLI:ES:TSJAS:2023:2569)
Id. CENDOJ: 33044330022023100592
Órgano: Tribunal Superior de Justicia.
Sala de lo Contencioso
Sede: Oviedo. Sección: 2
Sentencia: 1110/2023 Recurso: 966/2022
Fecha de Resolución: 16/11/2023
Procedimiento: Procedimiento ordinario
Ponente: LUIS ALBERTO GOMEZ GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia
Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-administrativo

Sección Segunda

SENTENCIA: 01110/2023
N.I.G: 33044 33 3 2022 0000864
RECURSO: P.O. nº 966/2022

RECURRENTE: Doña Blanca en su nombre
y en el de sus hijas doña Adelaida y doña Alicia
PROCURADORA: Doña Cristina
Fernández-Sanz Álvarez
LETRADA: Doña Covadonga Santianes Álvarez

RECURRIDO:
CODEMANDADO: Consejería de Salud
del Gobierno del Principado de Asturias
Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros
PROCURADORA: Doña Nuria Feliu Suárez
LETRADO: Don Carlos Enrique León Retuerto
REPRESENTANTE SERVICIO JURÍDICO
DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS:
Doña María del Carmen Rodríguez Linde

SENTENCIA

Ilmos. Señores Magistrados:
Doña María José Margareto García, presidente
Don Jorge Germán Rubiera Álvarez
Don Luis Alberto Gómez García
Don José Ramón Chaves García
Don Daniel Prieto Francos

En Oviedo, a dieciséis de noviembre de dos mil veintitrés.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo número 966/2022, interpuesto por doña Blanca en su nombre y en el de sus hijas doña Adelaida y doña Alicia, representadas por la procuradora doña Cristina Fernández-Sanz Álvarez y asistidas por la letrada doña Covadonga Santianes Álvarez, contra la Consejería de Salud del Gobierno del Principado de Asturias, representada por la letrada de sus Servicios Jurídicos doña María del Carmen Rodríguez Linde, siendo codemandada la mercantil Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, representada por la procuradora doña Nuria Feliu Suárez y asistida por el letrado don Carlos Enrique León Retuerto, en materia de Responsabilidad Patrimonial.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luís Alberto Gómez García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que, en su día se dicte sentencia acogiendo en su integridad las pretensiones solicitadas en la demanda, y en cuya virtud se revoque la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte contraria.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada Consejería de Salud del Gobierno del Principado de Asturias para que contestase la demanda, lo hizo en tiempo y forma, alegando: Se niegan los hechos de la demanda, en cuanto se opongan, contradigan o no

coincidan con lo que resulta del expediente administrativo. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que previos los trámites legales se dicte en su día sentencia, por la que desestimando el recurso se confirme el acto administrativo recurrido, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Conferido traslado a la parte codemandada Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros para que contestase a la demanda lo hizo en tiempo y forma, solicitando se dicte sentencia con desestimación del recurso, confirmando la resolución recurrida, con imposición de costas al actor.

CUARTO.- Por Auto de 11 de abril de 2023, se recibió el procedimiento a prueba, habiéndose practicado las propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se acordó requerir a las partes para que formularan sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 8 de noviembre pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- ACTUACIÓN IMPUGNABLES Y POSTURAS DE LA RECURRENTE.

1.1 Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la Procuradora doña Cristina Fernández-Sanz Álvarez, actuando en nombre y representación de doña Blanca, doña Adelaida y doña Alicia, la Resolución de 30 de agosto de 2022, dictada por el Consejero de Salud del Principado de Asturias, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por las aquí recurrentes en fecha 24 de febrero de 2021, en relación con la inadecuada asistencia prestada en el Centro de Salud de Tapia de Casariego al esposo y padre de las recurrentes, don Fulgencio, desde el 3 de junio de 2020 hasta el 19 de junio de 2020.

1.2 Las recurrentes realizan un relato de los antecedentes asistenciales al Sr. Fulgencio durante el periodo temporal indicado, en los que destacan un buen estado de salud previo a la producción de los hechos que na-

rran, a pesar de padecer una diabetes Mellitus no insulino dependiente Tipo 2; y la aparición de una herida en el pie derecho, con grieta en el talón, que es objeto de curas en los meses de junio y julio por el Servicio de Enfermería de dicho Centro de Salud. Señalan que el 23 de junio había empeorado la situación del paciente, por lo que una de las hijas solicita la presencia domiciliaria, que se niega en ese momento. Se suceden las curas, y el 9 de julio de 2020, la Enfermera interviniente comenta con la Enfermera de enlace la posibilidad de realizar interconsulta con la Unidad de pie diabético del HUCA. El día 13 de julio de 2020, en la intervención realizada en el Centro de Salud aparece una zona enrojecida de dorso de pie y exudado con mal olor, y se realiza cura. El día 15 se detecta una úlcera sobreinfectada, sin que se realice más examen, examen que sí se realiza el día 16 de julio, dejando indicada una toma de muestras de la herida. Al día siguiente, 17 de julio, se le toman muestras para análisis de bacteriología. El 18 de julio, tras insistencia de la familia, acudió al domicilio una Enfermera y el Médico de guardia del Centro de Salud, realizando una cura, sin otra intervención, dejando el facultativo preparada cita para el médico de atención primaria para dos días después. También proporcionó un volante para que acudieran al Servicio de Urgencias del Hospital de Jarrio si el estado empeoraba, a pesar de constatar la enfermera, ese 18 de julio la presencia de una zona necrosada. Esto fue lo que sucedió, y el 19 de julio fue la propia familia quien traslado al enfermo al Hospital de Jarrio, desde donde, de forma casi inmediata, tras analítica, se le deriva a la Unidad de Vascular del HUCA. Aquí se determina ya la necesidad de amputación, inicialmente del pie, y posteriormente de la extremidad hasta el muslo. Durante su estancia, el día 24 comienza a presentar un cuadro de hipotensión, mal estado general y desorientación compatible con accidente cerebro vascular. El día 25 de julio don Fulgencio fallece.

1.3 En atención a los antecedentes expuestos, las actoras sostienen que se ha producido, en el caso que analizamos, un supuesto de malas praxis con infracción de la *lex artis*, y una pérdida de oportunidad terapéutica, directamente relacionadas con el resultado luctuoso. Por eso consideran que concurren los requisitos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, instando una condena a indemnizar a la demandantes en 136.936,92 €. Aportan como sustento de sus pretensiones el informe pericial emitido por el Dr. don Julián, incorporado al E.A. a los folios 39 a 53. Reprochan la tardanza del Servicio de Enfermería y de los facultativos del Centro de Salud de Tapia de Casariego en responder ante los indicios de

empeoramiento de la herida diabética en el pie, cuya actuación temprana podría haber evitado la progresiva infección. Critican y combaten los razonamientos que contiene la Resolución impugnada, y sus conclusiones.

SEGUNDO.- POSICIÓN DE LAS DEMANDADAS.

2.1 Por la Letrada del Servicio de Salud del Principado de Asturias se insta la desestimación del recurso y, tras referir los requisitos para el éxito de la acción ejercitada, y la doctrina jurisprudencial aplicable, afirma, en contra de lo indicado por los demandantes, que no ha existido un anormal funcionamiento del servicio sanitario, pues a la vista del historial clínico del paciente como de los informes obrantes en el expediente administrativo, entendiéndose que la asistencia prestada fue correcta y adecuada a la *lex artis*, sin que haya existido una pérdida de oportunidad, y se remite al Historial Clínico de Atención Primaria; al Informe emitido por facultativo de Atención Primaria, de 18 de mayo de 2021 (folio 115); al historial Clínico existente en el Hospital Universitario Central de Asturias; al informe pericial realizado a instancia de la compañía aseguradora de la Administración, de fecha 30 de agosto de 2021, (folios 118-131); y al Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, de 7 de julio de 2022, (folios 158-179), de los que se puede concluir que la asistencia prestada fue correcta y adecuada a la *lex artis*.

En relación con la cuantía indemnizatoria, considera que no está suficientemente justificada.

2.2 Por la representación procesal de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, se presenta escrito de oposición a las pretensiones de las recurrentes, negando la narración fáctica del escrito de demanda, tanto en referencia a los antecedentes del paciente, como al íter de su tratamiento. Así, destaca que el fallecido Sr. Fulgencio, de 76 años de edad, presentaba multitud de patologías asociadas, en concreto: Diabetes Mellitus tipo 2 de larga evolución y de difícil control por intolerancia a antidiabéticos orales y desestimado el tratamiento con insulina por sus familiares. Hipertensión arterial. Dislipemia (trastornos del metabolismo graso). Claudicación intermitente de la marcha por afectación vascular de MMII diagnosticada en 2002, vista en la consulta de cirugía vascular en 2015. Placas de aterosclerosis en ambas arterias carótidas (factor de riesgo para padecer ictus). Cardiopatía isquémica con infarto de miocardio en 2002. Fibrilación auricular en tratamiento crónico con Sintrom. Enfermedad pulmonar obstructiva crónica con patrón de afectación radiológica en la base de ambos pulmones. Asociaba fibrosis pul-

monar y bronquiectasias. Trastorno depresivo con medicación crónica. Cuadro de demencia mixta progresiva de 7-8 años de evolución. Por este motivo, hacía tiempo que el paciente no salía a la calle solo, aunque sí deambulaba por su casa. Artrosis de rodillas y de columna cervical. Historia de prostatitis aguda. Fenómeno de Raynaud (alteración de la circulación de los pequeños vasos de la mano de origen aterotrombótico-desprendimiento de pequeños trombos). Desprendimiento posterior del vítreo izquierdo y síndrome del ojo seco. Anemia por cifras bajas de hierro en sangre.

En definitiva, afirma, concurrían todos los factores de riesgo conocidos para el desarrollo de arteriosclerosis y enfermedad arterial.

Además, cuando se detecta una lesión en el quinto dedo del pie derecho por su podólogo habitual el 2 de junio de 2020, inmediatamente comienza su asistencia en el Centro de Salud, siendo tratado con curas los días 3, 4, 11, 16, 19, 23 y 24 de junio y continuando los días 3, 6, 9 y 13 de julio. En la revisión y cura del día 15 de julio, la enfermera y el médico detectan que la herida comienza a exudar y deciden dar cobertura con antibiótico. El día 16 de julio, se solicitan muestras, tanto de la lesión del pie como cultivos urinarios. El 17 y el 18 de julio, la lesión empeora y aparece una necrosis del dedo que se extiende hacia el dorso del pie y un enrojecimiento hacia la zona plantar. La familia solicita atención domiciliaria. El médico que les atiende les deja un volante de interconsulta hospitalaria. El 19 de julio de 2020, la familia lleva al paciente al Hospital de Jarrow donde se identifica una ulceración diabética que no responde a tratamiento ambulatorio con curas y antibióticos y lo trasladan al Hospital Universitario Central de Asturias para valoración por Angiología y Cirugía Vascular.

Sus numerosas y graves patologías concomitantes desaconsejan y contraindican cualquier intento diagnóstico o terapéutico encaminado a revascularizar la extremidad por lo que indican amputación de la extremidad por encima de la rodilla, lo que acontece en la noche del 19 de julio. Aun cuando las primeras fechas del postoperatorio determinan una buena evolución, pensando incluso en suspender el tratamiento antibiótico, en la mañana del 24 de julio de 2020, en el pase de visita, el paciente presenta nuevamente febrícula de 37,5 °C. Se piden nuevos cultivos. El estado del muñón es bueno. Esa noche, a las 21 horas, el paciente sufre un cuadro grave de pérdida de conocimiento con tensiones muy bajas y frecuencia cardíaca acelerada. Mejora de forma transitoria, se hacen analíticas y se avisa

a Medicina Interna, pero vuelve a empeorar drásticamente. El cirujano vascular de guardia, decide hablar con la familia y aconseja sedación paliativa que la familia acepta, falleciendo el paciente el día 25 de julio.

Partiendo de estos antecedentes, y del informe pericial existente en el expediente administrativo elaborado por el especialista en Angiología y Cirugía Vascular, Dr. Jose Ramón (Ex. Adm. 119 a 131), sostiene la codemandada que el seguimiento, tratamiento y cuidados del paciente se han ajustado a la normopraxis. El paciente, afirma, fue tratado adecuadamente de situación basal crónica dando respuesta con tratamientos conservadores y quirúrgicos cuando estaban indicados, sin existir abandono, ni existir una pérdida de oportunidad terapéutica.

Por ello se opone a la reclamación planteada, y considera la cantidad solicitada carente de justificación, tratándose de una valoración genérica infundada, arbitraria y partidista.

TERCERO.- DOCTRINA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

3.1 So pena de una innecesaria reiteración de los antecedentes fácticos, nos remitimos a los datos objetivos que se reflejan en las historias clínicas y que han sido recogidos en los escritos de demanda y contestación, a los que nos remitimos.

Pues bien, entrando en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, el artículo 106,2 de la Constitución garantiza la responsabilidad de los poderes públicos, (ya recogida como principio general en el artículo 9.3) al disponer que " los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

Y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) establece en el artículo 32.1 que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

3.2 Ahora bien, no todo daño que produzca la Administración es indemnizable sino tan sólo los que merezcan la consideración de lesión, entendida, según la doctrina y jurisprudencia, como daño antijurídico, no porque la conducta de quien lo causa sea contraria a Derecho, sino porque el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo, por no existir causas de justificación que lo legitimen. Las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 10 de febrero de 1.998, y de 17 de octubre de 2000 (Rec. 9201/1995) han enumerado los siguientes requisitos para que concurra la responsabilidad patrimonial de la Administración: a) El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente. b) En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo. c) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas. d) Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado; a lo que hay que añadir, la ausencia de fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Con carácter general, debemos recordar que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente, y desde antiguo (así en sentencias de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1619/92, fundamento jurídico cuarto y 25 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1538/1992, fundamento jurídico cuarto, así como en posteriores sentencias de 28 de febrero y 1 de abril de 1995) que la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales

que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos.

Al margen de la matización que recoge igualmente la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 5 de junio de 1998, de 13 de septiembre de 2002; y STS de 17 de abril de 2007) no procede generalizar ese principio de responsabilidad patrimonial objetiva más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible el nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, y que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento, lo que, en otras palabras, significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico; la doctrina general, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria recibe otras matizaciones importantes y específicas que se derivan de la naturaleza de la obligación asumida, puesto que nos encontramos ante una "obligación de medios", no de resultados. La jurisprudencia del TS considera que esta «obligación de medios» implica la puesta a disposición del paciente de cuantos medios conozca la ciencia médica, en la fecha de los hechos, en relación con el proceso patológico sufrido, obligación que no queda referida sólo a los medios técnicos y estructurales, sino, también, al factor humano. Y, aun cuando los medios no fueran suficientes, dicha circunstancia, por sí, no determina la existencia de responsabilidad, de la Administración. En la ponderación de esa obligación de medios, es preciso tener en cuenta las limitaciones lógicas de todo servicio público; la prioridad en la utilización de los medios limitados, el plazo en que pueden ser puestos a disposición del usuario. En este sentido, las SSTS de 25 de febrero de 2009, y STS de 24 de mayo de 2011.

3.3 Derivada de esa obligación de medios, en las reclamaciones que nacen de la actuación médica o sanitaria, resulta insuficiente, en doctrina de nuestro Alto

Tribunal, la existencia de una lesión (que conduciría a la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *Lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, solo en el caso de que se produzca una infracción de dicha *Lex artis* responde la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberán ser soportados por el perjudicado. La obligación se concreta en prestar la debida asistencia médica y no en garantizar en todo caso la curación del enfermo. Estamos ante un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida; criterio que es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no solo exista el elemento de la lesión sino también la infracción del repetido criterio (así lo recuerda la STSJ DE CYL, Burgos, Secc. 2ª, de 6 de mayo de 2010, y lo expresa con claridad la STS de 10 de julio de 2012).

La aplicación de este criterio se traduce en la práctica en la asunción de la regla de responsabilidad por culpa, analizando los distintos supuestos en los que puede concurrir una vulneración de la *lex artis*, como serían el error de diagnóstico; la tardanza en el mismo; en la determinación del tratamiento, etc. En todo caso, en la apreciación de esa vulneración de las normas y leyes de la ciencia médica, deben considerarse una serie de criterios, a saber: A/ El estado de la ciencia, como criterio de referencia para valorar la idoneidad de la actuación sanitaria; B/ Inversión de la carga de la prueba de la culpa sin perjuicio de excepciones, como en el caso de la denominada doctrina del daño desproporcionado; supuestos de facilidad y disponibilidad probatorias, por aplicación del art. 217.6 de la LEC; Pérdida o extravío de la historia clínica (STS 20 de noviembre de 2012 Rec. de Casación 4891/2011); o Infecciones nosocomiales); C/ Teoría de la pérdida de oportunidad; D/ La teoría de la responsabilidad por actuación sanitaria conjunta defectuosa.

CUARTO.- MALA PRAXIS. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.

4.1 En este punto, procede recordar nuestra doctrina jurisprudencial sobre lo que debe entenderse por *lex*

artis, y más concretamente sobre la *lex artis ad hoc* que recoge. Así, ya el Tribunal Supremo en SSTS de fecha 8 de junio de 1994 y STS de fecha 25 de mayo de 1999, señalaba:

"Es la Medicina la que establece y define la "lex artis" y la "lex artis ad hoc", siguiendo estándares aceptados en el propio ejercicio de la profesión y teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones de la ciencia y la concreta situación del paciente, así como la existencia de la llamada "libertad clínica", que obliga al médico a tomar decisiones que pueden ser discutibles, pero que deben considerarse prudentes entre tanto no existan elementos de los que quepa inferir lo contrario. Debe tenerse en cuenta que la ciencia médica no es una ciencia exacta, sino que la exigencia de responsabilidad presenta siempre grandes dificultades porque su ciencia es inexacta por definición. Concurren en ella factores y variables imprevisibles que pueden provocar serias dudas sobre las causas determinantes del daño, a lo que debe de añadirse la libertad del médico que nunca debe de caer en audacia o aventura".

En la valoración de la conducta del profesional sanitario queda descartada, como ya se señaló más arriba, toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, estando, por tanto, a cargo del paciente la carga de la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo ("*lex artis ad hoc*") (SSTS 8 de septiembre de 1998 ; 26 junio 2006).

Y dentro de esta actividad probatoria opera con especial relevancia la prueba pericial. No se escapa que para poder apreciar si concurre o no defectuosa praxis o *lex artis ad hoc*, de hace necesario analizar y valorar la técnica medica empleada en cada supuesto y para ello es necesario un estudio técnico para la que se exigen conocimientos médicos específicos. La aportación de dichos conocimientos solo puede realizarse a través de una prueba pericial que tiende a convertirse en muchos supuestos, en el centro del recurso.

La trascendencia de la prueba pericial se aprecia con más intensidad en supuestos en los que la estimación o no de la reclamación depende de que se determine si se ha producido una violación o no de la *lex artis*; y a partir de ahí, concluir si el daño reúne la condición de antijurídico, o si debe entenderse que es una consecuencia inherente al padecimiento mismo de la enfer-

medad y que, por tanto, no debe dar lugar a indemnización.

En la valoración de esta prueba, existe una constante doctrina jurisprudencial que se expresa, entre muchas otras, en la STSJ de Madrid, Secc. 10ª de 30 de diciembre de 2014, citando la jurisprudencia del TS:

" Finalmente, no puede desconocerse que para la determinación de la existencia de posibles infracciones de la "lex artis" se requieren especiales conocimientos de la ciencia médica que deben ser facilitados por técnicos especializados en la materia. En tal sentido, la jurisprudencia viene sosteniendo que la valoración de los informes periciales o de técnicos peritos requiere un análisis crítico de los mismos, incumbiendo al órgano judicial valorar los datos y conocimientos expuestos en ellos de acuerdo con los criterios de la sana crítica que determina el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y debiendo atender a la fuerza probatoria de los dictámenes con base en la mayor fundamentación y razón de ciencia aportada, y conceder, en principio, prevalencia a aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una mayor explicación racional. Y precisa que el principio de libre valoración de la prueba pericial permite al Juez o Tribunal decantarse por uno u otro dictamen en función de su fuerza técnica, generadora de convicción, sin que ello suponga valoración arbitraria o contraria a las reglas de la sana crítica [sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 20-11-2012 (recurso 5870/2011) y 21 de diciembre de 2012 (4229/2011)]".

4.2 Por otro lado, en cuanto a la teoría de la pérdida de oportunidad, esta pretende indemnizar aquellos daños derivados, no tanto de una conducta activa del causante de los daños, como de una omisión. De no haber ocurrido tal omisión, el daño no se habría materializado, o el resultado habría sido más favorable. Consiste en entender que deben estimarse aquellas reclamaciones en la que se acredite que la asistencia sanitaria se ha producido de tal modo que de haberse producido de otra manera habría sido posible obtener otro resultado distinto y más favorable a la salud del paciente respecto del que se plantea en la reclamación.

La pérdida de oportunidades entiende que basta con que se acredite una cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera haber evitado el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza, para que proceda la indemnización que deberá reconocerse en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como conse-

cuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad. Aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina los ciudadanos deben contar con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias.

A tales efectos, se debe precisar que la llamada pérdida de oportunidad se caracteriza, según reiterada jurisprudencia, por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance del mismo [SSTS de 19 de octubre de 2011 (casación 5893/2006), 22 de mayo de 2012 (casación 2755/2010) y 21 de diciembre de 2012 (casación 4229/2011)].

La Sentencia de esta misma Sala de 4 de junio de 2018, señala: "En este punto recordaremos que la jurisprudencia ha apreciado que "la caracterización de la " pérdida de oportunidad" se concreta en el grado de incertidumbre que rodea a una determinada actuación médica para constatar en qué medida se hubiera evitado un resultado lesivo, atendida la gravedad del daño, o se hubiera mejorado la situación del paciente de haberse tomado una decisión concreta" (STS 26 de Septiembre de 2014 (RJ 2014, 5048), rec. 3637/2012), como "la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo" (STS 19 Octubre 2011 (RJ 2012, 1298), rec. 5893/2006)".

La STS de 20 de marzo de 2018 (recurso 2820/2016) refiere respecto a la doctrina de la "pérdida de oportunidad": "NOVENO.- Y no puede ser ello de otro modo, porque la razón de la acogida por parte de la jurisprudencia de esta doctrina se mueve en distinto plano que el de la "lex artis". Concretamente, se sitúa en el terreno de la incertidumbre, como, entre tantas otras, resaltan las resoluciones que precisamente cita la sentencia recurrida, (nuestras Sentencias de 19 de octubre de 2011 RC 5893/2006 y 22 de mayo de 2012 RC 2755/2010): "la denominada "pérdida de oportunidad"

se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo".

Como, por otra parte, señala también la más reciente Sentencia de 27 de enero de 2016 RC 2630/2014 : "En el caso enjuiciado, lo que se considera indemnizable es la pérdida de oportunidad que se produjo como consecuencia del retraso de 18 y 20 minutos, respectivamente, en avisar enfermería al ginecólogo de guardia y al anestesista. Sobre la base de un supuesto de hecho diferente, como el aportado de contraste, se pretende una modificación al alza de la cuantía concedida. Y, es sabido, el "quantum" de la indemnización no es susceptible de ser combatido en casación.

Es decir, no se ha apreciado que haya mala praxis, sino pérdida de oportunidad, conceptos que no son estrictamente equiparables y que, por tanto, impiden apreciar la triple identidad en cuanto fundamentos, hechos y pretensiones del recurso de casación para la unificación de doctrina.

En sentencia de 3 de diciembre de 2012-recurso de casación núm. 2892/2011-, entre otras, se dijo: "Podemos recordar la Sentencia de esta Sala y Sección de veintisiete de septiembre de dos mil once, recurso de casación 6280/2009 , en la que se define la doctrina de la pérdida de oportunidad, recordando otras anteriores":

Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009, recurso de casación 1593/2008: La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3^a del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005 , como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007 , configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acae-

cido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente". (FD 7º)".

En definitiva, como afirma la Sentencia de 21 de diciembre de 2012 RC 4229/2011, la doctrina de la pérdida de oportunidad "existe en aquellos supuestos en los que es dudosa la existencia de nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma". En este sentido cumple señalar que se trata de una regla de imputación causal alternativa a la tradicional resultante de las cláusulas generales de responsabilidad ("un régimen especial de imputación probabilística", atendiendo a lo establecido por la Sala Primera de este Tribunal: Sentencia de 16 de enero de 2012)".

QUINTO.- SOBRE LOS INFORMES PERICIALES.

5.1 Es preciso recordar, en primer término, que en materia de responsabilidad patrimonial adquiere gran importancia la correcta aplicación de las normas sobre la carga de la prueba, de modo que corresponderá a quien sostiene que la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial acreditar la concurrencia de los requisitos a los que nos hemos referido, incluidos los distintos conceptos por los que reclama una indemnización y el importe de los mismos, siendo carga de la Administración probar los hechos impositivos u obstativos a la pretensión de la parte actora, conforme dispone el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiéndose recordar en este punto que a tal fin son admisibles tanto las pruebas directas como las indirectas. Las normas de la carga de la prueba deben cohonestarse con el principio de facilidad probatoria (cuando a una de las partes le resulta fácil probar el hecho controvertido y no lo hace) y con el de la posibilidad probatoria (ya que no es posible exigir pruebas que resulten difíciles o de imposible realización).

En esta línea, resulta evidente que en este ámbito opera con especial relevancia la prueba pericial. No se escapa que para poder apreciar si concurre o no defectuosa praxis o *lex artis ad hoc*, se hace necesario analizar y valorar la técnica médica empleada en cada supuesto y para ello es necesario un estudio técnico para el que se exigen conocimientos médicos específi-

cos. No obstante esa importancia de la pericia, a la hora de efectuar la tarea de valorar los medios probatorios debe partir de la consideración previa, cual es que las pruebas periciales no acreditan irrefutablemente un hecho, sino que expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a los antecedentes que se le han facilitado, por lo que no prevalece, en todo caso, y necesariamente, sobre otros medios de prueba, ya que no existen reglas generales preestablecidas para valorarla, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica como criterios de interpretación y valoración de las pericias aportadas al procedimiento (artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Y en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso, aunque es claro, como decimos, que la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside en gran medida, entre otros criterios, como se señala, en su fundamentación y coherencia interna, la especialidad del autor, en las fuentes de información, y documentación científica consultada, y/o en la independencia o lejanía del perito respecto a los intereses de las partes; en cualquier caso toda opinión técnica proporcionada a instancia de cualquiera de las partes en litigio.

Y lo anterior debe aplicarse, teniendo en consideración la doctrina jurisprudencial sobre la prohibición de regreso lógico desde acontecimientos posteriores desconocidos en el momento del diagnóstico o de la conducta desencadenante del daño, declarada en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 y 15 de febrero de 2006, 7 de mayo de 2007 y de 10 de junio de 2008, en la que, con cita de las anteriores, se recogía que:

"B) La valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, ajeno al principio de culpa. La imputación objetiva al recurrente-o atribución del resultado, *quaestio iuris* [cuestión jurídica] revisable en casación en el ámbito de la aplicación del art. 1902 CC no puede llevar a apreciar una responsabilidad derivada de unos actos médicos sin más fundamento que ser anteriores en el tiempo y constituir eslabones en el curso de los acontecimientos cuando no podía preverse racionalmente el resultado final producido, ni a cuestionar el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en

la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los topoi [leyes] del razonamiento práctico".

5.2 En el supuesto que analizamos cabe señalar, en primer lugar que frente a lo que se afirma en el escrito de demanda en referencia al buen estado previo de don Fulgencio, la realidad que se constata en la historia clínica es bien diferente. Efectivamente, ya al inicio de la Historia que obra en el E.A., se pone de manifiesto que el paciente sufría una pluripatología, con afecciones arteriales importantes, y diabetes mellitus tipo 2. En concreto sufría: Diabetes Mellitus tipo 2 de larga evolución y de difícil control por intolerancia a antidiabéticos orales y desestimado el tratamiento con insulina por sus familiares. Hipertensión arterial. Dislipemia (trastornos del metabolismo graso). Claudicación intermitente de la marcha por afectación vascular de MMII diagnosticada en 2002, vista en la consulta de cirugía vascular en 2015. Placas de ateroma en ambas arterias carótidas (factor de riesgo para padecer ictus). Cardiopatía isquémica con infarto de miocardio en 2002. Fibrilación auricular en tratamiento crónico con Sintrom. Enfermedad pulmonar obstructiva crónica con patrón de afectación radiológico en la base de ambos pulmones. Asociaba fibrosis pulmonar y bronquiectasias. Trastorno depresivo con medicación crónica. Cuadro de demencia mixta progresiva desde de 7-8 años de evolución. Por este motivo, hacía tiempo que el paciente no salía a la calle solo, aunque sí deambulaba por su casa. Artrosis de rodillas y de columna cervical. Historia de prostatitis aguda. Fenómeno de Raynaud (alteración de la circulación de los pequeños vasos de la mano de origen aterotrombótico-desprendimiento de pequeños trombos), entre otros padecimientos.

5.3 Este cuadro es descrito ya en el informe del Dr. don Julián, especialista en Medicina Legal y Forense, en el que las recurrentes sustentan su pretensión. En este informe, tras hacer referencia a todo el proceso de curas seguido a partir del 4 de junio de 2020, y definir el pie diabético, realiza una serie de consideraciones médico-legales, y afirma que en un principio el proceso curativo fue correcto hasta el día 15 de julio de 2020, fecha en la que se recogen muestras para cultivo y se inicia tratamiento antibiótico con penicilinas. No obstante, considera el perito que desde esa fecha, tras el empeoramiento del cuadro infeccioso, y la aparición de signos de gangrena, especialmente en la mañana del día 18 de julio de 2020, debería haber adoptado una actitud intervencionista y no conservadora, derivando al paciente al centro hospitalario, demorando así las posibilidades de tratamiento. Además, afirma que se ob-

viaron signos que indicaban claramente un agravamiento de la patología, signos que, en aplicación a los protocolos de actuación médica que refiere, hubieran exigido su inmediato traslado a dicho centro hospitalario, como así hizo la familia en la mañana del día 19 de julio. Por ende, concluye el perito de las recurrentes que la amputación es consecuencia del agravamiento de la lesión que manifiesta el paciente en el pie derecho desde semanas previas; y dicha lesión no se manejó correctamente conforme a protocolos de actuación, generándose un injustificado retraso en la derivación a los especialistas, lo que quizás podría haber evitado la amputación.

Sin embargo, a renglón seguido señala que no es posible afirmar categóricamente que una derivación más precoz a un servicio especializado hubiera evitado la amputación. Acaba concluyendo que la atención dispensada no se ajustó a la *lex artis ad hoc*. En su intervención en fase de aclaraciones, sitúa la pérdida de oportunidad en la atención del día 18 de julio, al no haberse realizado pruebas sobre su estado general, o así no constan. Afirma que debería haberse derivado en ese momento al Centro hospitalario. Y aun cuando sus patologías eran múltiples, su estado previo no era especialmente malo, tendría una isquemia de nivel 2, y precisamente esos antecedentes deberían haber llevado a extremar las precauciones.

5.4 Frente a este informe, obra al folio 115 del E.A. el Informe del facultativo del Centro de Salud en el que se señala que las curas de don Fulgencio fueron programadas a partir del día 3 de junio de 2020, con carácter periódico por úlcera en pie derecho. Y como se trataba de un paciente diabético con isquemias en extremidades inferiores, la enfermera comunitaria (que también suscribe el informe) se puso en contacto con la Unidad de pie diabético del HUCA para consensuar actuaciones en el seguimiento y realizar las curas.

Es más, se comenta la posibilidad de organizar una interconsulta a través de la enfermera de enlace, señalando la Unidad del HUCA que se realizase la interconsulta con Cirugía Vascular. Se comunica esta posibilidad con la hija del paciente, doña Adelaida, que la rechaza a pesar de que la enfermera firmante del informe le insiste en lo conveniente y adecuado de la interconsulta. Dentro del proceso de curación, el 15 de julio de 2020 se detecta una sobreinfección de la herida, por lo que se prescribe inmediatamente tratamiento antibiótico ese mismo día, y no el día 17 como se señala en la demanda. Al día siguiente, 16 de julio, se le realiza una exploración en el domicilio por un facultativo médico del

Centro de Salud, sin que se refleje presencia de necrosis. Esta aparece por vez primera el día 18 de julio, como secundaria a la infección de tejidos blandos, con evolución rápida en el contexto de un pie diabético.

5.5 La Aseguradora aporta al E.A. un informe suscrito por el Dr. don Jose Ramón, Especialista en Angiología y Cirugía Vascular; y por el Dr. don Aurelio, Especialista en Cirugía General y del Aparato Digestivo, y Farmacéutico. En este informe se hace una referencia detallada de los antecedentes asistenciales prestados a don Fulgencio, y a la multipatología que padecía. Hacen hincapié los autores del informe en la enfermedad arterial periférica e isquemia crónica de los miembros inferiores que venía soportando el fallecido, tratándose de una enfermedad polifocal que se asocia, con frecuencia, a enfermedades en las arterias coronarias y en las carótidas.

Precisan que una de las formas más peligrosas de la enfermedad arterial es la arteriopatía diabética causada por la diabetes mellitus, tipo 2, que exige un cuidado especial, y que puede generar, con origen traumático heridas de mal pronóstico y rápida evolución, de forma que lesiones inicialmente banales pueden complicarse drásticamente y provocar cuadros graves de gangrena. Más del 80% de los pacientes con pie diabético acaban con una amputación de la extremidad. Se trata de la primera causa de amputación en Europa y Estados Unidos. Además presenta una altísima recurrencia ya que la enfermedad que lo origina, la diabetes, es crónica y su control y seguimiento son de difícil cumplimiento.

Los peritos plasman en el informe una serie de consideraciones médicas en relación con el caso que se analiza, y señalan que el paciente presentaba todos los factores de riesgo conocidos para el desarrollo de arterioesclerosis y enfermedad arterial; había sido diagnosticado de afección arterial en los tres lugares más frecuentes y graves (Coronarias, carotídea, y presentaba claudicación intermitente en los miembros inferiores). Sitúan el hallazgo de la lesión, conforme se deriva de la historia clínica en el día 2 de junio de 2020, siendo diagnosticada por el podólogo. La herida fue tratada de forma periódica y observada por el equipo de atención Primaria.

Así, se realizaron curas los días 3, 4, 11, 16, 19, 23 y 24 de junio de 2020. Igualmente, los días 3, 6, 9 y 13 de julio del mismo año. El día 15 el médico y la enfermera detectan que la herida comienza a exudar y establecen tratamiento antibiótico. El día 16 le toman muestras de la lesión y toma de orina para análisis. El

día 17 y 18 la lesión empeora, apreciándose inicio de necrosis que se extiende desde el dedo hasta el dorso del pie y un enrojecimiento hacia la zona plantar. El día 18 es atendido y observado por el facultativo médico del Centro de Salud, que emite volante de internamiento en Centro hospitalario, para que lo pudieran usar los familiares. En la mañana del día 19, la familia traslada a don Fulgencio al Hospital de Jarrío, donde es observado, y se le remite al Servicio de Vascular del HUCA, donde el mismo día 19 es intervenido de la extremidad inferior derecha que se le amputa por encima de la rodilla.

La evolución postoperatoria es buena durante los días 20 a 23 de julio de 2020, con correcta cicatrización del muñón y aceptable estado general y analítico. En la mañana del día 24 el paciente presenta febrícula (37,5º), y se le piden nuevos cultivos. A las 21,00 horas sufre un cuadro de pérdida de conocimiento, con tensiones bajas y frecuencias cardíacas aceleradas. Empeora drásticamente, y el cirujano vascular de guardia habla con la familia para aplicarle sedación. El paciente fallece en la mañana del día 25 de julio de 2020.

Afirman los peritos que se trata de un caso típico y frecuente en cualquier Servicio de Angiología y Cirugía Vascular, de paciente con múltiples patologías crónicas asociadas potencialmente muy graves, con afección vascular crónica. Presentaba un deterioro cognitivo desde hacía 7 u 8 años. Consideran que la actuación de asistencia primaria fue correcta, puesto que la periodicidad de las curas y la vigilancia médica y de enfermería fue exhaustiva y adecuada. Es el 15 de julio cuando presenta síntomas de infección, y se le pauta antibiótico de amplio espectro y se solicitan cultivos, que se toman al día siguiente. Es frecuente que este tipo de pacientes no responda al tratamiento antibiótico, y empeore. Siendo esta la situación observada el día 18, se emite volante interconsulta hospitalaria por el médico del Centro de Salud. El tratamiento en el Hospital de Jarrío y en el HUCA es el correcto.

Posteriormente, el Dr. don Aurelio, emite un segundo informe en el que insiste: " La necesidad de la amputación del Miembro Inferior derecho no es producto de una asistencia incorrecta sino del propio pie diabético y su mala evolución. Según la literatura médica publicada, a pesar de todos nuestros esfuerzos, más del 80% de los pacientes con lesiones de Pie Diabético acabarán con una amputación de la extremidad. Se trata de la primera causa de amputación mayor en Europa y Estados Unidos. Además, el 66% de estos pacientes no recuperará su vida autónoma.

Por otro lado, el fallecimiento del paciente no es secundario a la amputación sino a un evento isquémico agudo, de probable origen cardiológico y/o neurológico, que no guarda ninguna relación con dicha intervención sino con su pluriopatología basal y estado preexistente".

5.6 En la valoración de estos informes no podemos obviar la especialidad del facultativo que emite el informe aportado por la aseguradora, dr. Jose Ramón, quien aporta datos específicos sobre la gravedad de los antecedentes de don Fulgencio, y el porcentaje de riesgo de amputación en pacientes con pie diabético, que alcanza el 80%, dato que no es negado por el perito de las recurrentes, como el hecho de que las patologías arteriales sean una de las principales causas de fallecimiento en occidente. Para valorar la actuación de los facultativos en este supuesto, tenemos que partir de la sintomatología que presentaba en cada momento don Fulgencio, teniendo presente lo señalado por el dr. Aurelio que no existía alternativa terapéutica a las curas o a la amputación, de tal suerte que de no dar resultado las primeras, como ha sido el caso, solamente cabía la amputación.

El curso del proceso parte de la presencia de una herida diabética en el pie derecho, que inicialmente no manifestaba signos de infección, y durante mes y medio es curada sin mayores complicaciones. El primer síntoma de infección aparece cuatro días antes de la amputación, el 15 de julio, y es abordado inmediatamente con un antibiótico de amplio espectro, y se le toman muestras para cultivo el día 16.

El día 18 aparecen los síntomas de necrosis, y se emite volante de interconsulta hospitalaria por el médico del Centro de salud, siendo ingresado en la mañana del día 19. El hecho que inicialmente, el facultativo de atención primaria prescribiera una consulta a los dos días, en nada incide en el proceso evolutivo, dado que el día 19 es atendido en el Hospital de Jarrío. Por otro lado, sí se controlaron inicialmente los pulsos de la herida del pie derecho, dando resultado positivo, lo que es acorde con un paciente que tomaba un anticoagulante debido a su patología arterial previa.

5.7 La actuación médica, como decíamos más arriba, no puede ser analizada retrospectivamente, desde el campo de la hipótesis, ni del resultado final, sino que debe ir acompañada a los datos objetivos contrastados en el proceso asistencial, sin poder exigir la infalibilidad del diagnóstico clínico, pues como señala la STS, Civil, de 16 de abril de 2007 (rec. 1368/2000) «La actividad diagnóstica comporta riesgos de error que pueden

mantenerse en ciertos casos dentro de los límites de lo tolerable. Existe, sin embargo, responsabilidad si para la emisión del diagnóstico el médico no se ha servido en el momento oportuno, siendo posible, de todos los medios que suelen ser utilizados en la práctica profesional, teniendo en cuenta las pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico con las que se facilita la concreción de la *lex artis* y la evolución y perfeccionamiento de los protocolos asistenciales (que incluyen la consideración de reglas de orden deontológico: STS de 15 de diciembre de 2006) y valorando las circunstancias de cada caso para decidir la prestación de asistencia".

No puede afirmarse, en atención a la sintomatología a tiempo real descrita en la historia clínica un retraso ni error en el diagnóstico. El lamentable desarrollo del padecimiento del recurrente no autoriza a realizar un examen retrospectivo, pues ya en nuestra STSJ de 25 de febrero de 2019, sobre responsabilidad médica, indicamos que "la asistencia sanitaria es una obligación de medios y no de resultados, de modo que no puede apreciarse responsabilidad cuando se han empleado las técnicas y los instrumentos de que se dispone, y desde luego lo que no cabe es efectuar un análisis retrospectivo una vez que se sabe lo que realmente aconteció, tal como enseña la STS de 18 de julio de 2016, rec. 4139/2014".

La incertidumbre en los resultados en consustancial a la práctica de la medicina. Los ciudadanos deben contar con la garantía de que van a ser tratados con diligencia aplicando los medios e instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones sanitarias, que es lo que en el caso se cumplió, aunque el resultado no fuese el esperado. Lo que no cabe es, tras el conocimiento del resultado, abordar el análisis de la actuación asistencial buscando lo que podrían haber sido indicativos o síntomas aislados que justifiquen la infracción de la *lex artis* o la pérdida de oportunidad en su caso, sin la perspectiva global de la sintomatología en su conjunto y la variabilidad y evolución de esta en el transcurso de las horas.

Y ello máxime, como es el caso, en el que la implantación de una infección que no responde a tratamiento antibiótico en un paciente con diabetes está abocada a la amputación de la extremidad afectada como único tratamiento, como se deriva de la literatura médica citada en el informe pericial aportado por la aseguradora. La demora de traslado es de 12 horas, lo que señala el Dr. Aurelio resulta intrascendente. Lo que resultaba sustancial es la naturaleza de la gangrena, que era húmeda,

por lo que la infección resulta incontrolable. Por otro lado la causa de la muerte no fue la infección, de hecho el muñón presentaba una buena evolución, por lo que es más que previsible que la causa fuera un ictus o un infarto, vinculados a sus padecimientos previos.

En definitiva, no podemos dar por acreditada la concurrencia de una mala praxis por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*, ni una pérdida de oportunidad terapéutica, lo que desemboca en la desestimación del recurso.

SEXTO.- COSTAS.

No obstante lo anterior, las dudas fácticas que concurren en el presente supuesto, llevan a la no imposición de las costas, en aplicación del art. 139 de la LJCA.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: Que procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora doña Cristina Fernández-Sanz Álvarez, actuando

en nombre y representación de doña Blanca, doña Adelaida y doña Alicia, contra la Resolución de 30 de agosto de 2022, dictada por el Consejero de Salud del Principado de Asturias, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los aquí recurrentes en fecha 24 de febrero de 2021, en relación con la inadecuada asistencia prestada en el Centro de Salud de Tapia de Casariego al esposo y padre de las recurrentes, don Fulgencio, desde el 3 de junio de 2020 hasta el 19 de junio de 2020.

Sin costas.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala recurso de casación en el término de treinta días, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo si se denuncia infracción de legislación estatal o por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia si lo es por legislación autonómica.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

COMPETENCIAS NO MÉDICAS

El Supremo confirma la norma de servicios farmacéuticos de la Generalidad Valenciana

ADS. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo confirma la legalidad del *Decreto 188/2018, de 19 de octubre, del Consejo de la Generalidad Valenciana, por el que se regula la concertación de los servicios profesionales farmacéuticos asistenciales y la acreditación de las oficinas de farmacia para su prestación*, por considerar que no invade competencias médicas.

Aunque desestima el recurso del *Consejo Autonómico de Colegios de Médicos Valencianos*, y como en el fondo late el temor del colectivo médico a una invasión de competencias profesionales por la aplicación del texto normativo impugnado, el Supremo subraya, en su fundamento jurídico sexto, que el acceso a la historia clínica queda reservado a profesionales asistenciales que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente (artículo 16.1 de la Ley de Autonomía del paciente).

En cuanto a la eventual infracción de la normativa sobre protección de datos o, directamente, sobre el acceso a la historia clínica, el Supremo afirma que el artículo 6.3 de la norma impugnada no habilita a los farmacéuticos para acceder a una documentación cuyo acceso corresponde a los profesionales asistenciales que diagnostican o instauran un tratamiento (artículo 16.1 de la Ley de Autonomía del Paciente).

El Supremo considera que la expresión "actividades sanitarias" de los servicios profesionales farmacéuticos asistenciales (SPFA) no presenta ningún rasgo de invasión competencial, y que el artículo 6.3 del Decreto sólo prevé un modo de comunicación informática entre el equipo asistencial y la información farmacoterapéutica, de lo que no puede deducirse, "en palabras de la recurrente, que se abra una ventana de acceso a la historia clínica pues tal acceso queda reservado a los profesionales asisten-

ciales que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente (cfr. artículo 16.1 de la Ley de Autonomía del paciente).

En su fundamento jurídico quinto, la sentencia concreta que la *Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia* habilita al farmacéutico para dar información y seguir los tratamientos farmacológicos, actuar en coordinación con los servicios asistenciales autonómicos (artículo 1.5 y 9) así como el de supervisión.

Por su parte, La Ley del Medicamento y la de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud atribuyen al farmacéutico la misión de velar por el uso racional del medicamento, profesional que dispensará lo prescrito por el médico salvo las excepciones del artículo 89.2 al 5 de la Ley del Medicamento.

El farmacéutico cooperará con el médico en el seguimiento del tratamiento a través de los procedimientos de atención farmacéutica, contribuyendo a garantizar su eficacia y seguridad (artículo 86.1 primer inciso y artículo 87.1 de la Ley del Medicamento), ejercerá la dispensación informada, y, a solicitud de los pacientes, interviene en la dosificación para mejorar el cumplimiento terapéutico, en los tratamientos y con las condiciones y requisitos que establezcan las Administraciones sanitarias competentes (artículo 86.1 segundo inciso de la Ley del Medicamento).

Tras exponer las competencias legales de los farmacéuticos, el Supremo incide en que la regulación de los SPFA "deberá ajustarse al ámbito funcional propio de médicos y farmacéuticos, así como al cometido específico de las oficinas de farmacia, sin atribuir al titular de la oficina de farmacia funciones profesionales que invadan las normativamente previstas para los médicos".

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 314 / Mayo 2023. TS juzgará la atribución de competencias a farmacéuticos en Comunidad Valenciana

ADS nº 318 / Oct. 2023. Sentencias obligan a modificar normas de atención farmacéutica en Aragón.

ADS nº 314 / Mayo 2023. Supremo / Los equipos de atención primaria tienen que estar dirigidos por médicos.

ADS nº 312 / Marzo 2023. Anulan criterios de competencia sanitaria de reglamento de cualificaciones profesionales.

ADS nº 296 / Oct. 2021. *El Consejo de Enfermería no puede regular nuevas competencias profesionales.*

ADS nº 185 / Sept. 2011. *Los programas de formación especializada no pueden regular competencias profesionales.*

ADS nº 169 / Marzo. SUPREMO / *El desarrollo legal del título de enfermero no invade competencias médicas.*

ADS nº 213 / Marzo 2014. TSJA / *El SAS no tiene competencias para excluir a farmacias de la dispensación.*

ADS nº 194 / Junio 2012. *'Enfermería geriátrica' no invade competencias médicas.*

ADS nº 185 / Sept. 2011. *Los programas de formación especializada no pueden regular competencias profesionales (Pág. 648).*

ADS nº 188 / Dic. 2011. *Los puestos de dirección de enfermería no están reservados a los ATS.*

ADS nº 188 / Dic. 2011. TSJ MADRID *Los puestos de dirección de centros de salud deben reservarse a médicos.*

STS, Contencioso sección 4 del 17 de enero de 2024
(ROJ: STS 87/2024- ECLI:ES:TS:2024:87)
Id. CENDOJ: 28079130042024100006
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid Sección: 4 Sentencia: 63/2024
Recurso: 7403/2021 Fecha de Resolución: 17/01/2024
Procedimiento: Recurso de Casación
Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015).
Letrada de la Administración de Justicia:
Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López
Ponente: JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ
Tipo de Resolución: Sentencia
Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 63/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente
D.ª Celsa Pico Lorenzo
D. Luis María Díez-Picazo Giménez
D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo
D. José Luis Requero Ibañez

En Madrid, a 17 de enero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número 7403/2021 interpuesto por el CONSEJO AUTONÓMICO DE COLEGIOS DE MÉDICOS VALENCIANOS, representado por la procuradora doña Begoña

Camps Sáez y bajo la dirección letrada de don Guillermo Llago Navarro, frente a la sentencia 225/2021, de 3 de mayo, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el procedimiento ordinario 12/2019.

Han comparecido como partes recurridas la Sociedad Española de Farmacia Familiar y Comunitaria, representada por la procuradora doña Elisa Pascual Casanova y bajo la dirección letrada de don Fernando Abellán-García Sánchez, la Generalidad Valenciana, representada por la procuradora doña Rosa Sorribes Calle y asistida del Letrado de sus Servicios Jurídicos, el Foro Español de Pacientes, representado por el procurador don Pascual Pons Font y bajo la dirección letrada de don Jon Zabala Bezares, el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, representado por el procurador don Ramiro Reynolds Martínez y bajo la dirección letrada de don Juan Manuel Rodríguez y don Federico, el Consejo Valenciano de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, representado por la procuradora doña María José Cervera García y bajo la dirección letrada de don Guillermo Guardiola Linde, el Ilustre Colegio de Farmacéuticos de Castellón, representado por el procurador don Ignacio Aznar Gómez y bajo la dirección letrada de doña Olga Severín, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Alicante, representado por el procurador don Roberto Granizo Palomeque y bajo la dirección letrada de don José Antonio Trevijano Garnica, y la Confederación Empresarial de Oficinas de Farmacia de la Comunidad Valenciana, representada por la procuradora doña Julia Ferrer Pastor y bajo la dirección letrada de doña Juana Jiménez Jiménez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibañez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal del Consejo Autonómico de Colegios Médicos Valencianos interpuso ante la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el recurso contencioso-administrativo 12/2019, seguido por los trámites del procedimiento ordinario, frente al Decreto 188/2018, de 19 de octubre, del Consejo de la Generalidad Valenciana, por el que se regula la concertación de los servicios profesionales farmacéuticos asistenciales y la acreditación de las oficinas de farmacia para su prestación.

SEGUNDO.- Dicho recurso fue desestimado por la sentencia 225/2021, de 3 de mayo.

TERCERO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal del Consejo Autonómico de Colegios Médicos Valencianos ante dicha Sala informando de su intención de interponer recurso de casación y, tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, el Juzgado sentenciador, por auto de 20 de septiembre de 2021, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados el Consejo Autonómico de Colegios Médicos Valencianos como recurrente y la Generalidad Valenciana, la Sociedad Española de Farmacia Familiar y Comunitaria, el Foro Español de Pacientes, el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, el Consejo Valenciano de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, el Colegio de Farmacéuticos de Castellón, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Alicante y la Confederación Empresarial de Oficinas de Farmacia de la Comunidad Valenciana como recurridos, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 11 de mayo de 2023, lo siguiente: " Primero. La admisión a trámite tanto del recurso de casación preparado por la representación procesal del Consejo Autonómico de Colegios de Médicos Valencianos contra la Sentencia núm. 225/2021, de 3 de mayo, de la Sección 4ª, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

" Segundo. Que la cuestión en la que, en principio, se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es: Si resulta conforme con la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de 21 de noviembre, de ordenación de las Profesiones Sanitarias, la atribución competencial a los farmacéuticos que, en relación con la creación del Servicio Profesional Farmacéutico Asistencial, establece el Decreto 188/2018, de 19 de octubre, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se regula la concertación de los servicios profesionales farmacéuticos y asistenciales y la acreditación de las oficinas de farmacia para su prestación.

"Tercero. A su vez, se identifica como norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación la con-

tenida en el artículo 6.3 del Decreto 188/2018 (...) en relación con la Ley 44/2003 (...), el 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, la Ley 6/1998 de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Valenciana y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

"Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas o cuestiones jurídicas, si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso."

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 17 de mayo de 2023 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SEXTO.- La representación procesal del Consejo Autonómico de Colegios Médicos Valencianos evacuó dicho trámite mediante escrito de 29 de junio de 2023, en el que precisó las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia infringidas, y a los efectos del artículo 92.3.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), interesó que se estime el presente recurso y se declare la nulidad del Decreto 188/2018, de 19 de octubre, por las razones contenidas en su escrito, con expresa imposición de costas a las partes que se opusieren al recurso.

SÉPTIMO.- Por providencia de 5 de julio de 2023 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la LJCA dar traslado a las partes recurridas y personadas para que presentasen escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que efectuaron la Generalidad Valenciana, la Sociedad Española de Farmacia Familiar y Comunitaria, el Colegio de Farmacéuticos de Castellón, el Foro Español de Pacientes, el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, el Consejo Valenciano de Colegios Oficiales de Farmacéuticos y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Alicante, mediante escritos de 6, 7, 17, dos del 18, 19 y 20 de septiembre, respectivamente, en los que solicitaron que se desestime el recurso y que se confirme la sentencia impugnada, con expresa imposición de las costas a la recurrente, por los motivos expuestos en sus respectivos escritos.

OCTAVO.- Conclusas las actuaciones, considerándose innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de 22 de noviembre de 2023 se señaló este

recurso para votación y fallo el 16 de enero de 2024, fecha en que tuvo lugar tal acto y se designó Magistrado ponente al Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- EL DECRETO 188/2018 Y EL PLEITO.

1. El Consejo Autonómico de Colegios Médicos Valencianos impugnó el Decreto 188/2018, de 19 de octubre, del Consell, por el que se regula la concertación de los servicios profesionales farmacéuticos asistenciales y la acreditación de las oficinas de farmacia para su prestación (en adelante, Decreto 188/2018). Esta disposición trae su causa del Concerto de 18 de julio de 2016 entre la Generalidad Valenciana y los colegios oficiales de farmacéuticos de dicha Comunidad.

2. El Decreto define el servicio profesional farmacéutico asistencial-o SPFA, en acrónimo que emplea la propia norma- como el conjunto de "actividades sanitarias" prestadas por los farmacéuticos en las oficinas de farmacia.

Mediante tales actividades sanitarias el farmacéutico ejerce su competencia profesional prestando los servicios profesionales propios de la farmacia para prevenir la enfermedad y mejorar la salud de la población y de los usuarios, involucrándose en la optimización del uso y resultado de los tratamientos.

3. El Decreto se inserta así en una política que pretende evolucionar de la oficina de farmacia, o comunitaria dispensadora, o mercantil, a una asistencial, en la que el farmacéutico preste, desde su cualificación, esos servicios profesionales farmacéuticos que integren a la farmacia comunitaria en la atención a la salud dentro del sistema sanitario. De esta manera, el Decreto enlaza con el Convenio antes citado.

4. El objeto de la regulación del Decreto 188/2018 es la concertación de los SPFA, el procedimiento que acredita que una oficina de farmacia cumple con los requisitos previamente definidos para prestar como concertado los SPFA incluidos en la "cartera", para lo que prevé el diseño de cada SPFA.

5. Este diseño podrá acometerse, bien a iniciativa de la Administración, o de los titulares de las oficinas de farmacia a través de los colegios profesionales, y se eleva al Comité Central de Asistencia Farmacéutica que

encomienda su elaboración a un grupo de trabajo, multidisciplinar, quedando los elementos de cada SPFA para un ulterior desarrollo reglamentario.

6. La Administración concierta con los colegios profesionales cada SPFA si lo entiende procedente y concertado, un farmacéutico puede adherirse a él, para lo que debe solicitar que se acredite a su oficina de farmacia en las condiciones fijadas en los convenios de colaboración para prestar un SPFA concertado.

7. El artículo 6 regula las obligaciones de la Administración y el artículo 7 las de los farmacéuticos titulares de oficinas de farmacia acreditadas que se comprometen así a prestar esos SPFA concertados con arreglo a criterios bioéticos y de trabajo, con respeto a la normativa estatal y autonómica, más la normativa sobre protección de datos y en especial la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, Ley de Autonomía del Paciente).

8. Por exigencia del auto de admisión, de las obligaciones que asume la Administración reparamos en la prevista en el apartado 3 del artículo 6: la Administración asume la obligación de permitir que los SPFA concertados puedan mecanizarse e integrarse a través de los sistemas de información de los colegios oficiales en el sistema informático sanitario de la Consejería competente en materia de sanidad, de manera bidireccional, para que haya comunicación entre los equipos asistenciales y el acceso a la información farmacoterapéutica necesaria para la correcta atención al paciente.

9. Dicho lo anterior, diversos fueron los motivos que invocó el Consejo Autonómico de Colegios Médicos Valencianos en su demanda en la que pretendía la nulidad del Decreto 188/2018, motivos que tienen un hilo conductor: entiende que excede del ámbito de atribuciones profesionales de los farmacéuticos e invade el de los médicos.

SEGUNDO.- LA SENTENCIA IMPUGNADA.

1. La sentencia impugnada desestima la demanda y comienza reproduciendo en parte la sentencia 539/2020, de 30 de noviembre (recurso contencioso-administrativo 8/2019), de la misma Sala y Sección, desestimatoria de otro recurso contra el Decreto 188/2018 que promovió el Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España. De tal sentencia aplica lo siguiente, expuesto en síntesis:

1º Que la competencia sobre ordenación farmacéutica que ostentan las Comunidades Autónomas no es "adjetiva" sino exclusiva, y puede ejercerse sin colisionar con la competencia estatal sobre las funciones de las oficinas de farmacia, tal y como se deduce de la normativa tanto estatal como autonómica que cita.

2º Sin perjuicio de que las normas de desarrollo del Decreto 188/2018 puedan impugnarse, tal disposición no atribuye al SPFA prestaciones que no estén definidas en el artículo 86 de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios (en adelante, Ley del Medicamento), aprobada como texto refundido por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, luego cabe concertar actividades sanitarias incardinables en la atención sanitaria en general, promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad y educación sanitaria.

3º Además, las Administraciones sanitarias pueden prever la colaboración de las oficinas de farmacia en los programas y estrategias de salud pública y habilitarlas para realizar acciones como la participación en esos programas y estrategias que diseñen los servicios de salud pública o también realizar actividades de promoción de la salud y prevención de enfermedades.

4º Los SPFA tienen la cobertura de los artículos 8 y 8 bis de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante, Ley de Cohesión), y del artículo 7.2 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (en adelante, LOPS), así como de los artículos 4.2 y 79 de la Ley del Medicamento.

2. Ya en cuanto a la demanda del Consejo Autonómico de Colegios Médicos Valencianos, recuerda que se pretende la nulidad del Decreto 188/2018 en su totalidad pero sin concretar qué preceptos son los concernidos y entrando en cada uno de los motivos de impugnación, en síntesis, razona lo siguiente:

1º El artículo 2, al referirse al conjunto de "actividades sanitarias", no infringe la LOPS y concreta las actividades del SPFA concertado presuponiéndolas dentro de las competencias profesionales del farmacéutico y la Generalidad es competente para regular la concertación de los SPFA y acreditar a las oficinas de farmacia. Invoca así el Estatuto de Autonomía y el artículo 24 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y el artículo 1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia (en adelante, LRSOF).

2º Rechaza que haya invasión competencial al prever el artículo 6.3 que los SPFA concertados puedan mecanizarse e integrarse a través de los sistemas de información de los colegios oficiales de farmacéuticos correspondientes en el sistema informático sanitario, de manera bidireccional. Este precepto no altera las competencias de las farmacias, aparte de que el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, y el Decreto-ley 2/2013, de 1 de marzo, del Consell, de Actuaciones Urgentes de Gestión y Eficiencia en Prestación Farmacéutica y Ortoprotésica, prevén que las farmacias se apoyen en el sistema electrónico.

3º El Decreto impugnado no es una norma en blanco por no definir cuáles son las actividades incluidas en las competencias profesionales de los farmacéuticos (artículos 2.3 y 4.1 del Decreto 188/2018), motivo que califica como retórico e infundado, pues los SPFA desempeñan las actividades definidas en el artículo 86 de la Ley del Medicamento en relación con la LRSOF y los artículos 2 y 8 de la Ley 6/1998, de 22 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Valenciana (en adelante, LOFCV), luego desarrolla la legislación ya vigente.

4º Respecto a que el Decreto 188/2018 abra la puerta a la farmacia domiciliaria e introduzca a los farmacéuticos en la comunicación entre los miembros del equipo asistencial y el acceso a la información de los usuarios, haciendo referencia a una "privatización encubierta", lo rechaza porque "el motivo carece de fuste" (sic).

5º Rechaza que el Decreto 188/2018 infrinja la normativa sobre contratación pública en referencia al Concierto de 18 de julio de 2016, que no es objeto de recurso, siendo la relación entre la Administración y los colegios de carácter jurídico y no una relación bilateral contractual. Y que no infringe la normativa relativa a la contratación administrativa se deduce de la sentencia 396/2019, de 21 de mayo, de la Sección Quinta de la Sala de instancia (recurso contencioso-administrativo 410/2016), y, aunque no la cite como tal, de la sentencia 877/2019, de 24 de junio, de esta Sala y Sección, dictada en el recurso de casación 2997/2017.

TERCERO.- EL RECURSO DE CASACIÓN.

1. La cuestión de interés casacional la ciñe el auto de admisión a que determinemos si, a propósito de la creación de los SPFA, es conforme a la LOPS la atribución de competencias a los farmacéuticos que establece el Decreto 188/2018. O dicho en otros términos, si con tal

disposición se les atribuyen competencias profesionales propias de los médicos.

2. Centrado así el juicio casacional, sostiene la recurrente que el Decreto 188/2018 invade las competencias atribuidas en exclusiva a los médicos, con infracción del artículo 6.3º de la LOPS, materia sujeta a reserva de ley ex artículo 36 de la Constitución y sobre la que la Generalidad Valenciana carece de competencia, aparte de que ignora la obligada intervención del médico como interlocutor principal. Invoca a tal efecto la sentencia 716/2019, de 4 de noviembre, de la Sala de este orden de Madrid (recurso contencioso-administrativo 194/2018), y, de esta Sala y Sección, la sentencia 653/2021, de 10 de mayo (casación 6437/2019).

3. Tras contrastar los razonamientos de nuestra sentencia 480/2023, de 17 de abril (casación 3600/2020), con los artículos 1, 2 y, en especial, el artículo 6.3 del Decreto 188/2018, invoca la LOPS y la Ley de Cohesión cuyo artículo 33 atribuye a las oficinas de farmacia, dentro del Sistema Nacional de Salud, una función de colaboración y coordinación con los médicos para garantizar el uso racional del medicamento.

4. Se infringen los artículos 79, 86.1 y 89 de la Ley del Medicamento, el artículo 1.5 a 9 de la LRSOF y el artículo 8 de la LOFCV al ignorar que el médico marca las pautas del tratamiento farmacológico (indicación, seguimiento y resultado). En este sentido, el Decreto 188/2018 no es norma de desarrollo sino que, respecto de las funciones del farmacéutico, las amplía e innova, para lo que no es competente la Generalidad Valenciana.

5. Respecto del "concierto" que regula el Decreto 188/2018, se infringe la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada como texto refundido por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, LCSP), así como el artículo 105 de la Ley del Medicamento y los artículos 47.1 y siguientes de la Ley 40/2015 de régimen jurídico del Sector Público. El Decreto 188/2018 da carta de naturaleza al suscrito, al amparo de la LOFCV, entre la Administración y los Colegios de Farmacéuticos de 18 de julio de 2016, cuya existencia ignoraba.

6. Por último, sostiene la infracción de Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDP), pues el artículo 6 del Decreto 188/2018 deja abierta una ventana para el acceso a la historia clínica al farmacéutico y al personal dependiente del titu-

lar del SPFA, lo que pone en relación con 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.

CUARTO.- LA OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN.

1. Se han opuesto al recurso de casación la Administración autora del Decreto 188/2018 y las entidades asociativas y corporaciones relacionadas en el Antecedente de Hecho Séptimo de esta sentencia. Todos los recurridos oponen argumentos análogos y que resumimos conjuntamente.

2. Recuerdan que el auto de admisión ciñe la cuestión de interés casacional a la atribución competencial a los farmacéuticos e identifica como precepto objeto de interpretación el artículo 6.3 del Decreto 188/2018, precepto que no realiza ninguna atribución competencial a los farmacéuticos pues se limita a prever que los SPFA se mecanicen e integren en sistemas de información para permitir la comunicación entre los integrantes del equipo asistencial y "el acceso a la información farmacoterapéutica" para la correcta atención al paciente.

3. Todos niegan que el Decreto 188/2018 invada competencias médicas o que colisione con la función del médico como interlocutor principal del paciente. Se sujeta a la legislación básica y autonómica que todas las partes citan y, conforme con la LOPS, se inspira en la idea de colaboración multidisciplinar entre los distintos profesionales; rechazan que se considere al farmacéutico una "persona ajena" en el sistema de salud sino que es un eslabón en el sistema sanitario como experto en farmacovigilancia, dosificación, control y seguimiento del uso individualizado de los medicamentos.

4. El Decreto 188/2018 no prescinde del médico pues puede intervenir en el diseño que del SPFA realiza el grupo de trabajo al que se refiere el artículo 3, luego no es una "norma en blanco" y será en ese momento y, al desarrollarse el Decreto, cuando se concretará la participación de los médicos en los SPFA, tampoco atribuye al Comité Central de Asistencia Farmacéutica la determinación de competencias de ningún colectivo profesional.

5. Niegan la infracción del artículo 36 de la Constitución pues no atribuye nuevas competencias a los farmacéuticos al regular la prestación de los SPFA a pacientes con problemas de salud atendibles por la farmacia y resaltan que el seguimiento farmacoterapéutico por los farmacéuticos no es innovador como

tampoco la creación de SPFA (cfr. artículo 1.5 de la LRSOF). En concreto, el artículo 6.3 del Decreto 188/2018 contiene unas previsiones de tipo técnico informático que no innovan las competencias e insisten en que las funciones de las oficinas de farmacia son las determinadas por la legislación básica.

6. Rechazan que la concertación infrinja la normativa de contratos públicos, haciendo suyos los razonamientos de la sentencia impugnada, aparte de que esta cuestión la excluyó el auto de admisión. Respecto del Concierto de 18 de julio de 2016 se advierte que no es objeto de este recurso y sobre su naturaleza no contractual se invoca la sentencia 877/2019, ya citada, y la sentencia 863/2023, de 23 de junio (casación 3424/2021), ambas de esta Sala y Sección.

7. Por razón de su objeto, el artículo 6.3 no prevé el acceso a la historia clínica y lo referido a la infracción de la normativa sobre protección de datos ha quedado fuera del auto de admisión.

En todo caso, el artículo 6.3 del Decreto 188/2018 es ajeno a la historia clínica, no crea-como sostiene la recurrente- una "ventana" de acceso a la historia clínica pues sólo prevé que el farmacéutico pueda acceder "a la información farmacoterapéutica necesaria para la correcta atención al paciente", luego no amplía los mecanismos de acceso a los datos de los pacientes que los farmacéuticos ya manejan.

8. En fin, sostienen que el artículo 6.3 garantiza la coordinación entre el médico y la prestación de los SPFA, añaden que el sistema informático que rige respecto de la receta electrónica o privada tiene plena garantía de confidencialidad conforme al Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación. Recuerdan que ya está prevista la interacción entre los sistemas de información de las farmacias y de los sistemas sanitarios en ese Real Decreto 1718/2010 (cfr. artículo 7.3), en relación con la Ley del Medicamento.

QUINTO.- JUICIO DE LA SALA.

1. La cuestión de interés casacional no invita a la interpretación en abstracto de una norma para formar jurisprudencia y llevarla al caso, sino que nos avoca a pronunciarnos directa y exclusivamente sobre si la regulación que de los SPFA hace el Decreto 188/2018 supone la atribución a los farmacéuticos de unas competencias propias de los médicos. Además, el auto centra el juicio casacional en un solo precepto del De-

creto 188/2018-en artículo 6.3- referido a un aspecto muy concreto del sistema de concertación de los SPFA.

2. Dicho lo anterior, el Decreto 188/2018 no crea los SPFA que se conforman con las prestaciones propias de las oficinas de farmacia, lo que lleva a que la cuestión litigiosa-a efectos casacionales- se ventile con una obviedad: que la reglamentación autonómica sobre la forma o modo de prestar los SPFA deberá ajustarse a la normativa estatal básica sobre profesiones sanitarias y sobre las oficinas de farmacias (cfr. artículo 86.2 de la Ley del Medicamento).

3. En cuanto a las profesiones sanitarias, recordamos que la LOPS parte de otra obviedad: que farmacéuticos y médicos ejercen profesiones sanitarias; y otra más es que el ejercicio de ambas queda sujeto a los principios generales más a los reguladores de las relaciones entre esos profesionales (artículos 4 y 5). Así, al médico le corresponde la intervención general sobre la salud mediante actos que le cualifican como diagnosticar, pronosticar, instaurar un tratamiento o terapia y su seguimiento [cfr. artículo 6.2.a)]; y al farmacéutico la "... producción, conservación y dispensación de los medicamentos, así como la colaboración en los procesos analíticos, farmacoterapéuticos y de vigilancia de la salud pública" [artículo 6.2.b)].

4. En cuanto al ejercicio de la profesión farmacéutica en las oficinas de farmacia y su confluencia con la actuación facultativa, la LRSOF prevé que en esos establecimientos se prestan los servicios relacionados en el artículo 1, de los que destacamos que tal prestación habilita al farmacéutico para dar información y seguir los tratamientos farmacológicos, actuar en coordinación con los servicios asistenciales autonómicos (artículo 1.5 y 9) así como el de supervisión.

5. Además, las oficinas de farmacia son colaboradoras del Sistema Nacional de Salud en el uso racional del medicamento, para lo cual el farmacéutico actuará coordinadamente con médicos y otros profesionales sanitarios (artículo 33.1 de la Ley de Cohesión), mandato que se acentúa para los farmacéuticos en caso de atención primaria (artículo 105.1 de la Ley del Medicamento).

6. Más en concreto la Ley del Medicamento señala que tanto el acto de prescripción como el de dispensación confluyen en el sometimiento de ambos a los criterios básicos del uso racional de los medicamentos (artículo 3.4); el farmacéutico debe dispensar lo prescrito por el médico con las excepciones que prevé el ar-

título 89.2 a 5; además velará para que se observen las pautas que marque el médico responsable que procurará prescribir de la forma más apropiada en beneficio del paciente y desde la sostenibilidad del sistema (artículos 87.1 y 89.1).

7. Y siguiendo con una regulación que coordina la actuación de ambos profesionales de la sanidad, de nuevo la Ley del Medicamento nos dice que el farmacéutico cooperará con el médico en el seguimiento del tratamiento a través de los procedimientos de atención farmacéutica, contribuyendo a garantizar su eficacia y seguridad (artículo 86.1 primer inciso y artículo 87.1). También nos dice que ejerce la dispensación informada y que a solicitud de los pacientes interviene en la dosificación para mejorar el cumplimiento terapéutico, en los tratamientos y con las condiciones y requisitos que establezcan las Administraciones sanitarias competentes (artículo 86.1 segundo inciso de la Ley del Medicamento).

8. Esta regulación básica tiene cumplido reflejo y desarrollo en la normativa valenciana, en la LOFCV, luego a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA la conclusión viene por sí sola: la regulación de los SPFA deberá ajustarse al ámbito funcional propio de médicos y farmacéuticos, así como al cometido específico de las oficinas de farmacia, sin atribuir al titular de la oficina de farmacia funciones profesionales que invadan las normativamente previstas para los médicos.

SEXTO.- APLICACIÓN AL CASO.

1. Delimitado el juicio casacional en el auto de admisión, excluimos de él cuestiones como la legalidad del Concilio de 18 de julio de 2016 por ser ajena la cuestión de interés casacional enjuiciar la naturaleza del acto de concertación de los SPFA a efectos de su sometimiento la normativa de contratos públicos

2. En cuanto a la eventual infracción de la normativa sobre protección de datos o, directamente, sobre el acceso a la historia clínica, de lo resuelto a efectos casacionales se deduce que el artículo 6.3 no habilita a los farmacéuticos para acceder a una documentación cuyo acceso corresponde a los profesionales asistenciales que diagnostican o instauran un tratamiento (cfr. artículo 16.1 de la Ley de Autonomía del Paciente).

3. Dicho lo anterior confirmamos la sentencia impugnada. Para ello partimos de que el presupuesto del Decreto 188/2018 son los servicios propios de la farmacia asistencial y que se configuran como "actividades sani-

tarias". Tales servicios no los crea el Decreto 188/2018 y se limita a regular su concertación, para lo que prevé que se defina la cartera de servicios que serán concertados y que la oficina de farmacia en la que se vayan a prestar deberá acreditarse para ello.

4. Al ser ese el objeto de la regulación impugnada habrá que distinguir entre los aspectos en los que el Decreto 188/2018 se impugna, más que nada, por las expresiones que emplea de lo que es regulación de fondo. En cuanto a los primeros, que el artículo 2.1 defina a los SPFA como "actividades sanitarias" es en sí inocuo, pues tanto la actividad médica como la farmacéutica son eso, actividades sanitarias, luego de tal definición no se deduce invasión competencial alguna.

5. En cuanto a la regulación, estamos con la sentencia impugnada en el sentido de que el Decreto 188/2018 se limita a prever y regular la concertación para la prestación de los SPFA, regulación de la que, en sí, nada cabe deducir; y coincidimos también con la sentencia impugnada en que cuando se definan los servicios y se concrete la cartera que engloba todos los SPFA que se concertarán, será cuando se esté en condiciones de advertir una eventual extralimitación reglamentaria en el aspecto litigioso.

6. Además, como apuntan los recurridos, los médicos como profesionales de la sanidad cuyo cometido profesional es el previsto en el artículo 6.2.a) de la LOPS ya citado, no quedan al margen de esa concertación pues cabe integrarlos en el grupo de trabajo al que se refiere el artículo 3.2 al decir que "... contará con la participación de los roles que intervengan en el proceso, integrando como mínimo a una persona representante de las profesiones que lo desarrollen".

7. Finalmente, en cuanto al artículo 6.3 del Decreto 188/2018 -que es el expresamente identificado en el auto de admisión- basta estar a tal precepto para deducir que sólo prevé un modo de comunicación -el informático- entre el equipo asistencial y la información farmacoterapéutica. De tal regulación no deducimos, en palabras de la recurrente, que se abra una ventana de acceso a la historia clínica pues tal acceso queda reservado a los profesionales asistenciales que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente (cfr. artículo 16.1 de la Ley de Autonomía del paciente).

SÉPTIMO.- COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LJCA, en relación con el artículo 93.4 de la LJCA,

cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido , conforme a la jurisprudencia declarada en el Fundamento de Derecho Quinto de esta sentencia,

PRIMERO.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del CONSEJO AUTÓNOMICO COLEGIOS DE MÉDICOS VALENCIANOS

contra la sentencia 225/2021, de 3 de mayo, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso contencioso-administrativo 12/2019, sentencia que se confirma.

SEGUNDO.- En cuanto a las costas, estese a lo declarado en el último Fundamento de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

SUSPENSIÓN DE FUNCIONES

Sanción a no sanitario por negarse a expedir certificado Covid digital

ADS. El profesional no sanitario que se niega a expedir el certificado digital Covid puede ser sancionado con una sanción por falta muy grave por desobediencia reiterada de instrucciones de superiores jerárquicos, tal y como confirma una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJGAL).

De hecho, un trabajador de servicios generales de un centro de salud de Vigo dependiente del Servicio Gallego de Salud (*Sergas*) fue sancionado con un mes y dos meses, respectivamente, de suspensión de funciones, por la negativa a imprimir y entregar el certificado Covid digital a los pacientes que se lo solicitaban. Y su recurso ha sido desestimado por el TSJGAL, que declara que el trabajador alteró con su actitud el servicio y sobrecargó el trabajo de otros profesionales sin tener la "legitimación para erigirse en adalid de una sedicente legalidad que no estaba llamado a interpretar".

El trabajador se negaba a la expedición del certificado por considerar que se trata de un documento que contiene información de salud confidencial que está reservada a los profesionales de la medicina y otros profesionales de la salud autorizados legalmente, pero ofrecía la alternativa de dar una cita con el personal sanitario para que lo expidieran, o bien ofrecer una clave para que de forma telemática los interesados pudieran obtener el certificado.

Según la sentencia, el certificado Covid digital no forma parte de la historia clínica y el titular de los datos está autorizando en el momento que lo solicita el acceso a un dato de salud para que le faciliten la información solicitada. Aunque no sería necesario, "pues para imprimir un certificado digital no es preciso acceder a datos de salud".

El TSJGAL señala el precepto aplicable: "(...) el artículo 19.d del Estatuto Marco obliga al personal es-

tatutario a cumplir con diligencia las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos en relación con las funciones propias de su nombramiento, y colaborar leal y activamente en el trabajo en equipo". En cualquier caso, el personal no sanitario permanece obligado por el deber de sigilo y no podrá acceder a otros datos de salud o a la historia clínica.

Sobre el carácter de los datos y del documento solicitado, la sentencia afirma que:

- Introducir los datos personales de un paciente e imprimir un certificado es una tarea netamente administrativa y no comporta el carácter de asistencial, que solo podría llevarla a cabo el personal sanitario.

- En modo algún estamos ante un dato clínico, sino únicamente ante un certificado administrativo, que había de ser expedido por personal de servicios generales a instancia del ciudadano que expresamente lo requiriese.

Y por ello, el Tribunal considera que el demandante no cumplió -ni con diligencia ni sin ella- las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos en relación con las funciones propias de su nombramiento.

Autorización del titular o del representante

Según el TSJGAL, al recurrente no le podía asaltar ninguna duda sobre la legalidad de la actuación que se le había encomendado, "desde el instante en que su práctica se ejecutaba a demanda, esto es, es el ciudadano mayor de edad (o, si es menor, su representante legal, debidamente acreditado) el que de manera presencial y previa acreditación debida de su identidad, le está pidiendo que le expida el certificado COVID-19. Por tanto, **el funcionario cuenta, desde ese momento, con la autorización más importante, la única importante, para acceder a los datos del sujeto, por sensibles que sean. Porque su titular se lo está pidiendo**".

"No puede denegársele, ni remitirle a otra parte bajo el pretexto de que no está facultado para expedir esa información. La demanda habla, en referencia a la legalidad de la instrucción recibida por el

actor, de "flagrante violación del Ordenamiento jurídico", pero lo que es flagrante es que **no hay menoscabo ni de la intimidad personal, ni del secreto de las comunicaciones, cuando es el titular del bien jurídico protegido, el afectado por la información "sensible", el que autoriza el acceso, la comunicación, el que ruega que se le expida el certificado"**.

Otra cuestión sería que el superior jerárquico hubiera encomendado al trabajador que accediera a esa información "con el fin de realizar un sondeo, un cribado sobre la población, y así conocer porcentajes de la misma que se hubiesen vacunado, o que hubiesen superado la enfermedad, por ejemplo. O peor aún, que por iniciativa propia del recurrente realizase tal práctica, siempre sin el consentimiento del titular de los datos".

La defensa del trabajador advierte que le asisten **razones constitucionales y legales** para mantener una desobediencia o una insumisión ética al haber actuado de la forma en la que lo hizo al tener dudas sobre la legalidad de la orden del superior jerárquico.

Cabe destacar, como hace la sentencia, que el **programa Sigap** integró una nueva funcionalidad, que permitía imprimir el documento, a petición del paciente previamente identificado mediante la exhibición de su tarjeta sanitaria.

Estas sanciones han sido confirmadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, aunque cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 317 / Sept. 2023. Prisión e inhabilitación absoluta para enfermera por acceso ilegal a historia clínica.

ADS nº 311 / Feb. 2023. Prisión e inhabilitación (6 años) para ATS por acceso ilegal a datos de salud.

ADS nº 312 / Marzo 2023. Acuerdo para un nuevo Reglamento de acceso a datos y su utilización.

ADS nº 310 / Enero 2023. Acceso ilegítimo por Guardia Civil a datos médicos para perseguir delito.

ADS nº 311 / Feb. 2023. Prisión e inhabilitación (6 años) para ATS por acceder a datos de salud de una compañera.

ADS nº 306 / Sept. 2022. Derecho de acceso a historia clínica de familiar fallecido sin límite temporal.

ADS nº 304 / Junio 2022. El acceso a resultado de PCR, penalmente exigible salvo en crisis por pandemia.

ADS nº 291 / Abril 2021. Penas de prisión e inhabilitación absoluta para ATS por espiar historia clínica.

ADS nº 285 / Oct. 2020. Prisión e inhabilitación absoluta para enfermeros por acceso ilegal a HC.

ADS nº 284 / Sept. 2020. Absolución penal de médico por acceso indebido al apartado de bajas de la HC.

ADS nº 270 / Mayo 2019. El acceso a datos no sensibles de la historia clínica impide la condena penal.

ADS nº 269 / Abril 2019. Archivo de denuncia por accesos no consentidos a historia clínica en el Sergas.

ADS nº 268 / Marzo 2019. Multa a Povisa por dar acceso a historias de pacientes privados a cualquier médico del Sergas.

ADS nº 256 / Feb. Prisión e inhabilitación absoluta para médico por acceso indebido a historial.

STSJ, Contencioso, del 05 de diciembre de 2023
(ROJ: STSJ GAL 8057/2023- ECLI:ES:TSJGAL:2023:8057)
Id. CENDOJ: 15030330012023100910
Órgano: Tribunal Superior de Justicia.
Sala de lo Contencioso Sede: Coruña (A) Sección: 1
Sentencia: 885/2023 Recurso: 164/2023
Fecha de Resolución: 05/12/2023
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: LUIS ANGEL FERNANDEZ BARRIO
Tipo de Resolución: Sentencia
Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

LA CORUÑA

SENTENCIA: 00885/2023

Recurso: Recurso de Apelación 164/2023.

Apelante: D. Antonio.

Apelada: Servicio Gallego de Salud.

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as.

D. Fernando Seoane Pesqueira, presidente.

D. Luís Ángel Fernández Barrio.

D^a. Mónica Sánchez Romero.

La Coruña , a 5 de diciembre de 2023. El recurso de

apelación número 164/2023, pendiente de resolución ante esta Sala, fue promovido por D. Antonio, representado por el Procurador D. GONZALO LOUSA GAYOSO y dirigido por el Abogado D. ALBERTO MARTÍNEZ CORTIÑA, contra la sentencia núm. 18/2023 de fecha 24 de enero de 2023, dictada en el procedimiento abreviado núm. 280/2023 por el Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 2 de Vigo, sobre función pública, siendo parte apelada la Servicio Gallego de Salud, representada y dirigida por el LETRADO DE LA COMUNIDAD.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D . Luís Ángel Fernández Barrio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el letrado Alberto Martínez Cortiña, en nombre y representación de Antonio, frente a la resolución de la Consellería de Sanidade, recaída en el ED 3-21/PNS, de 27 de junio del 2022, que confirmó la resolución de 25 de abril de 2022. Con imposición de costas con la limitación antes expuesta".

SEGUNDO.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, y

PRIMERO .- Del objeto de apelación

Se recurre en apelación la sentencia dictada el 24 de enero de 2023 por el Magistrado-Juez del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Vigo que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Antonio impugnando la resolución de la Consellería de Sanidade, de 27.6.2022, que desestimó el recurso potestativo de reposición interpuesto contra la resolución de 25.04.2022 que, poniendo fin al expediente disciplinario incoado, se reputó autor de dos infracciones graves (previstas en los apartados a) y c) del art. 72.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco), consistentes en falta de obediencia de-

bida a los superiores e incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios cuando no constituya falta muy grave, respectivamente; en consecuencia, se le sancionó con un mes y dos meses, respectivamente, de suspensión de sus funciones.

La pretensión deducida en la demanda consistía en la revocación de la resolución combatida; subsidiariamente, se redujese la entidad de las sanciones.

El juzgador de instancia desestimó tal petición.

SEGUNDO .- De los antecedentes necesarios

1. El recurrente es personal estatutario no sanitario (personal de Servicios Generales) del Sergas, prestando servicios en el Centro de Salud de Coruxo (Vigo) desde el año 2000.

2. El 31 de mayo del 2021 entró en funcionamiento una nueva herramienta informática introducida en la aplicación SIGAP (programa de gestión que utiliza el personal estatutario no sanitario), que permitió expedir y entregar a los ciudadanos que lo solicitaran el certificado denominado COVID-19, que informaba de si el sujeto se había vacunado frente al virus o si había superado la enfermedad, el recurrente recibió del Sergas instrucciones para utilizar la citada funcionalidad y expedir los correspondientes certificados.

3. Como correctamente se escribe en la sentencia de instancia, entonces al actor le asaltan dudas sobre la constitucionalidad, la legalidad de la medida, ya que, en su criterio, se le permite tener acceso a datos especialmente protegidos relativos a la salud del paciente, pertenecientes a su historia clínica, y por todo entiende que debe ser personal sanitario el que únicamente esté facultado para acometer dichas funciones.

Por eso cuando la ciudadanía (unas veinte personas al día, se indica en la resolución recurrida) recabó del mismo la expedición del certificado se lo denegó y les proporcionó otras alternativas, como una cita con el personal sanitario del centro de salud, a fin de que fueran éstos quién se lo expidieran, o también facilitar la "chave 365" con la que informáticamente los interesados pueden acceder y obtener directamente su certificado COVID.

4. En la práctica, el demandante incumplió la orden directa de emitir certificados COVID digital de la UE que la Dirección de Recursos Humanos del Área Sanitaria de

Vigo le dirigió personalmente a través de correos electrónicos de los días 15, 16, 19 y 21 de julio de 2021.

Por su parte, el demandante también envió correos electrónicos dirigidos a sus superiores jerárquicos en los que solicitaba que se le informase del soporte o base legal, desde la perspectiva de la protección de datos, para el cumplimiento de la instrucción que había recibido, sin que hubiera recibido respuesta.

TERCERO.- De los razonamientos jurídicos plasmados en la sentencia recurrida

La resolución judicial que desestimó la demanda justifica esa consecuencia jurídica en los argumentos que, resumidamente, se detallan de seguido:

"Al recurrente no le podía asaltar ninguna duda sobre la legalidad de la actuación que se le había encomendado, desde el instante en que su práctica se ejecutaba a demanda, esto es, es el ciudadano mayor de edad (o, si es menor, su representante legal, debidamente acreditado) el que de manera presencial y previa acreditación debida de su identidad, le está pidiendo que le expida el certificado COVID-19. Por tanto, el funcionario cuenta, desde ese momento, con la autorización más importante, la única importante, para acceder a los datos del sujeto, por sensibles que sean. Porque su titular se lo está pidiendo.

No puede denegárselo, ni remitirle a otra parte bajo el pretexto de que no está facultado para expedir esa información. La demanda habla, en referencia a la legalidad de la instrucción recibida por el actor, de "flagrante violación del Ordenamiento jurídico", pero lo que es flagrante es que no hay menoscabo ni de la intimidad personal, ni del secreto de las comunicaciones, cuando es el titular del bien jurídico protegido, el afectado por la información "sensible", el que autoriza el acceso, la comunicación, el que ruega que se le expida el certificado.

Asunto muy distinto es que por la demandada se le hubiese encomendado al actor que accediese a esa información con el fin de realizar un sondeo, un cribado sobre la población, y así conocer porcentajes de la misma que se hubiesen vacunado, o que hubiesen superado la enfermedad, por ejemplo. O peor aún, que por iniciativa propia del recurrente realizase tal práctica, siempre sin el consentimiento del titular de los datos."

"Se apela al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016

relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), a su preámbulo, a que indudablemente, datos como los relativos a la vacunación que han sido los objeto de tratamiento con la práctica que se ha ordenado y se ha resistido a cumplir, merecen la consideración de datos sensibles o especialmente protegidos, a la luz de lo dispuesto en dicho Reglamento, pero se obvia lo dispuesto en el primer punto de su art. 6, completado con lo que establece el art. 7 de ese Reglamento:

"El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos."

"Ni el certificado COVID se puede equiparar a la historia clínica, ni se le ha pedido que accediese a la historia clínica de nadie, y la información proporcionada por el certificado COVID, merecerá, desde luego, la cualidad de dato sensible, pero no puede ser equiparado a un acceso o tratamiento de la historia clínica.

También se detalla en la sentencia el resultado de la prueba testifical practicada en la persona de D. Eloy, a la sazón Delegado de Protección de Datos del SERGAS, quien explicó que la adecuada cobertura jurídica de la utilización de la nueva funcionalidad informática introducida en el programa SIGAP residía en el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19.

Explicó que el personal no sanitario puede acceder a información de salud del paciente y que, como todos los empleados públicos, tienen el deber de sigilo reforzado en el presente caso, artículos 16.4 y 6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

También aclaró que la historia clínica del paciente se regula en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, y en Galicia en el Decreto 29/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el uso y acceso a la historia clínica electrónica, cuyo art. 9 permite el acceso por el personal de gestión y servicios a la historia clínica (sistema IANUS) aunque

de forma limitada: ese acceso está restringido a los datos imprescindibles para el ejercicio de sus funciones en relación con su puesto de trabajo, y respetará el derecho a la intimidad personal y familiar de los/as pacientes o usuario/as.

De manera que para la expedición de este certificado no es preciso acceder a la historia clínica del paciente, la aplicación informática está diseñada para que se pueda emitir sin necesidad de acceso a la historia clínica. Sin perjuicio de que el personal de gestión, no sanitario, que desempeña sus funciones en un centro de salud, tiene encomendadas con normalidad tareas de gestión de citas médicas de los pacientes, a partir de las que también se podría intuir el conocimiento de datos sensibles y sin embargo, no se ha cuestionado.

CUARTO .- De los motivos de apelación planteados

1. Aunque es cierto es que el titular del derecho es el ciudadano, el personal estatutario no sanitario no puede, aunque sea bajo su petición, acceder a datos especialmente sensibles incluidos en su historia clínica (art. 18 de la Ley 3/2001).

2. No es cierto que los datos a los que se accede con la nueva función del aplicativo SIGAP no formen parte de la historia clínica y que por lo tanto el personal estatutario no sanitario puede acceder libremente (artículo 15 de la Ley

de Autonomía del Paciente), pues la información que contiene el Certificado COVID es información trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente (téngase en cuenta que dicho Certificado registra si el paciente ha padecido la dolencia o no), que solo debe ser proporcionada por el personal sanitario.

3. No es válida la alusión al reglamento UE 2021/953 para explicar que el personal no sanitario puede acceder a información de datos de salud sensible especialmente protegidos, porque en ningún lugar de dicho reglamento se autoriza a que el personal no sanitario pueda acceder a esa información sanitaria del ciudadano.

4. El convencimiento cierto de la ilicitud de la instrucción ha llevado a esta acción heroica por parte del recurrente que se ve sometido a un viacrucis administrativo y judicial en defensa de los derechos no solo los suyos personales, sino también de todos los demás ciudadanos. Afirma que le asisten razones lega-

les (Constitucionales, Ley General de Sanidad, Ley de Autonomía del Paciente, Ley Reguladora Consentimiento Informado, Ley del Estatuto Marco del personal estatutario, Reglamento UE 2016/679) que inducen a mantener una posición firme de desobediencia, a adoptar una auténtica insumisión ética. Por lo tanto, el haber expresado dudas sobre la legalidad de la instrucción es totalmente razonable y entendible.

5. La utilización de la nueva función del SIGAP por personal no sanitario lleva consigo el incumplimiento de las de funciones detalladas en el Decreto el Decreto 160/1996 de 25 de abril de la Conselleria de Sanidad y Servicios Sociales.

QUINTO .- De la desestimación del recurso de apelación

La sentencia dictada en la instancia abordó acertadamente el debate planteado por el actor, quien reproduce en apelación argumentos semejantes a los introducidos en su demanda.

Además de hacer nuestros los Fundamentos Jurídicos que determinaron la desestimación de las pretensiones actuadas, y que se han explicitado más arriba, procede añadir lo que sigue.

Como hemos razonado en nuestra de Sentencia de 26 de marzo de 2014, el fundamento del régimen disciplinario, que forma parte del estatuto de los funcionarios públicos (artículo 149.1.18º de la Constitución y sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio), reside en la necesidad que la Administración tiene, como organización prestadora de servicios, de mantener la disciplina interna y de asegurar que su personal cumpla las obligaciones de su cargo, ya que los empleados públicos tienen una serie de deberes y obligaciones que cumplir, como pueden ser las de imparcialidad, especial dignidad y probidad, consideración con el público, respeto a sus superiores jerárquicos y obediencia a sus órdenes legítimamente impartidas, secreto y sigilo, etc.

Como se desprende de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio y 23 de octubre de 1984, 8 de octubre de 1986, 20 de julio de 1988 y 18 de diciembre de 1991, la potestad disciplinaria que se otorga a la Administración, como inherente a su organización, es de índole interna o doméstica, y tiene por objeto, aparte de la salvaguarda del prestigio y dignidad corporativa, castigar las conductas de los funcionarios públicos constitutivas de una infracción a la relación de servicio y que

determinan una inadecuada satisfacción de los intereses públicos que la Administración Pública, como organización, tiene encomendados.

La obediencia debida constituye un reflejo de la organización jerárquica de la función pública, que impone al funcionario un deber genérico de respetar y obedecer a las sus superiores jerárquicos (STS 28/2/1985 o 17/7/1990).

El carácter de debida determina que el mandato sea conforme a derecho y dictado dentro de las atribuciones que la ley reconoce a la autoridad o superior, pues esta falta exige que exista una orden clara y terminante, dirigida en la forma adecuada por el superior en el ejercicio de sus competencias al inferior, y que, frente a ella, este último adopte una posición consciente de abierta oposición a su cumplimiento y desconocimiento de la autoridad que el superior ejerce.

La desobediencia requiere, pues, una clara voluntad de incumplimiento frente a obligaciones suficientemente delimitadas y supone el incumplimiento consciente y voluntario, sin causa que lo justifique, de la orden de un superior con competencia para dictarla (STS 29/4/1993, 25/2/1994 o 14/11/1995).

El funcionario está obligado a cumplir la orden y, en su caso, cuestionar su legalidad por medio de los procedimientos establecidos legal y reglamentariamente para ello; de no ser así se produciría una distorsión en la prestación del servicio público que el derecho no puede amparar.

Precisamente, el respeto hacia el superior jerárquico constituye el bien jurídico protegido por la primera de las infracciones imputadas al recurrente.

No cabe duda de que el demandante desobedeció contumazmente las sucesivas órdenes de actuación que le dirigieron quienes tenían potestad para hacerlo.

Los mandatos fueron, en todos los casos, comprensibles, ajenos a cualquier ambigüedad, y enmarcados dentro del ámbito de funciones que corresponden al personal administrativo; el recurrente ha de realizar su trabajo auxiliándose del programa SIGAP, en el que, con motivo de la exigencia de la posesión del denominado "certificado COVID" para determinadas actividades de la vida diaria (por ejemplo, para acceder a determinados establecimientos o actos que se celebrasen en interiores, o para la movilidad interterritorial y con terceros países), se integró una nueva funcionalidad,

consistente en la impresión de ese documento, a petición del paciente previamente identificado mediante la exhibición de su tarjeta sanitaria. Para imprimir ese certificado no se hacía preciso el acceso a la historia clínica del ciudadano. Introducir los datos personales de un paciente e imprimir un certificado es una tarea netamente administrativa y no comporta el carácter de asistencial, que solo podría llevarla a cabo el personal sanitario.

En definitiva, en modo algún estamos ante un dato clínico, sino únicamente ante un certificado administrativo, que había de ser expedido por personal de servicios generales a instancia del ciudadano que expresamente lo requiriese.

El demandante no cumplió -ni con diligencia ni sin ella- las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos en relación con las funciones propias de su nombramiento.

El art. 19.d) del Estatuto Marco obliga al personal estatutario a cumplir con diligencia las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos en relación con las funciones propias de su nombramiento, y colaborar leal y activamente en el trabajo en equipo.

La expedición del tantas veces citado certificado encaja plenamente con las funciones que corresponde desarrollar al personal estatutario de servicios generales (art. 3 del Decreto 160/1996, de 25 de abril), en el contexto del año 2021, bien dentro del marco de la actividad administrativa y de apoyo a la gestión (atención e información a los usuarios, cumplimentación de los datos administrativos de los usuarios, mecanización y transcripción de los informes administrativos y clínicos, y cualquier otras de análogo contenido o que tengan relación con las funciones administrativas y de apoyo a la gestión), bien en el de recepción, atención e información a los usuarios (atención a los usuarios cuando resulte preciso, información a los usuarios de la cartera de servicios existentes, ejecución, bajo las directrices y supervisión procedentes, del programa de la tarjeta sanitaria y cualquier otra de análogo contenido o que tenga relación con la recepción, atención e información a los usuarios).

Respecto al Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la

libre circulación durante la pandemia de COVID-19, conviene apuntar que no establece qué personal concreto de las autoridades nacionales es el competente para su expedición, dado que esa especificidad queda en manos de cada Administración, de acuerdo con su potestad de organización.

Por eso, su art. 10, dedicado a la protección de los datos personales, expresa que los datos personales incluidos en esos certificados serán tratados por las autoridades competentes del Estado miembro de destino o tránsito, o por los operadores de servicios de transporte transfronterizo de viajeros obligados por la legislación nacional a aplicar determinadas medidas de salud pública durante la pandemia de COVID-19, únicamente a fin de verificar y confirmar la vacunación, el resultado de la prueba o la recuperación del titular.

A tal fin, los datos personales se limitarán a lo estrictamente necesario. No se conservarán los datos personales a los que se acceda; las autoridades u otros organismos designados que sean responsables de la expedición de los certificados a que se refiere el artículo 3, apartado 1, se considerarán responsables del tratamiento tal como se definen en el artículo 4, apartado 7, del Reglamento (UE) 2016/679.

Son los Estados miembros, o los órganos designados que actúen en nombre de los Estados miembros, quienes expedirán los certificados en formato digital o en papel, o en ambos formatos, a tenor de su art. 3.

La encomienda de la expedición del certificado al personal de servicios generales no está condicionada ni limitada por lo dispuesto en el Reglamento europeo.

La infracción aparece suficientemente acreditada, sin que se infrinja ninguno de los principios rectores de la potestad sancionadora, y hallándose en las dos resoluciones impugnadas (la originaria y la recaída en sede de recurso de reposición) explicación bastante acerca de los motivos conducentes a alcanzar la conclusión jurídica adecuada a los hechos. Por lo que hace a la gravedad de la omisión, el cúmulo de desobediencias manifestadas por el demandante merecen la calificación de falta grave, y la sanción impuesta es proporcional al quebranto padecido por el bien jurídico protegido, debiendo significarse que la actitud pasiva del actor contribuyó a la creación de una alteración funcional del servicio, dado que, de un lado, los usuarios no recibieron del actor la documentación que precisaban; de otro, los derivaba incorrectamente hacia el personal asistencial, al que no se había encomendado la

expedición del certificado, ni se hallaba entre sus cometidos; y también porque, con esa dejación de funciones, contribuyó a sobrecargar el trabajo de otros profesionales que sí cumplían con lo que les correspondía.

El demandante no tenía legitimación para erigirse en adalid de una sedicente legalidad que no estaba llamado a interpretar.

En conclusión a lo razonado, procede la íntegra desestimación del recurso.

SEXTO.- De las costas procesales

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, al desestimarse el recurso de apelación, las costas han de imponerse a la parte apelante, sin que su cuantía exceda de 1.000 euros (más impuestos) en concepto de defensa de la demandada.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Vigo de 24 de enero de 2023, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma, imponiendo a la apelante las costas de esta alzada, fijando en 1.000 euros (más impuestos) la suma máxima en concepto de defensa de la parte apelada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0164/23), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así se acuerda, manda y firma.

DECISIÓN POLÉMICA / TSJ MADRID

Una sentencia dice que los antipsicóticos no precisan consentimiento del paciente

ADS. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) desestima la reclamación de una paciente considerando, entre otras cuestiones que no es necesario el consentimiento informado para la medicación antipsicótica, y que el paciente es quien debe revisar el prospecto para conocer los riesgos del tratamiento farmacológico.

Una decisión sin duda polémica, más aún por el hecho de que la sentencia contiene la siguiente afirmación del perito de parte de la aseguradora: "(...) la prescripción de fármacos antipsicóticos está sujeta a la revisión por parte del usuario del prospecto y no es obligación del médico, menos aún de efectos raros o infrecuentes. Es el prospecto un medio para conocer de manera detallada y exhaustiva los riesgos del fármaco que ingiere".

La paciente ha sido tratada con cuatro antipsicóticos durante su tratamiento en el sistema sanitario de Madrid: Risperidona en el año 2010, Quetiapina en el año 2011 y 2012, Aripiprazol en el año 2017, 2018 y 2019, y Olanzapina en el año 2021.

Según el perito de parte de la aseguradora, Olanzapina, Quetiapina y Aripiprazol son fármacos que tienen efectos extrapiramidales similares al placebo.

En el caso del Aripiprazol, se recoge a lo largo de toda la historia clínica la buena respuesta que tiene ante la toma de dicha medicación, aunque la abandona por percibir supuestos efectos secundarios.

La demandante refiere pérdida de creatividad en su desempeño laboral como pianista como consecuencias del tratamiento farmacoterapéutico sin tener información sobre los efectos que tendría para su trabajo. La sentencia se basa principalmente en el informe del perito aportado al proceso por la aseguradora del Servicio Madrileño de Salud

(SHAM), especialista en Psiquiatría Legal y magister en Psiquiatría Legal y Forense, y no en el de la parte demandante, especialista en Psiquiatría y en Psiquiatría Legal, que es quien detecta la "falta o insuficiencia del consentimiento informado".

Informes de peritos y de la inspección

Debido a la complejidad de las cuestiones que se tratan, el propio magistrado ponente advierte que "ninguno de los informes acredita por sí mismo ni de una forma irrefutable el acierto de una determinada valoración y apreciación técnica de los hechos o datos relevantes para resolverlas", y acude a las reglas de la sana crítica mediante la valoración conjunta de la prueba, de las periciales y del informe de las inspección médica.

La inspectora médico, que realiza una extensa exposición y análisis de los hechos, curiosamente, no aborda la cuestión del consentimiento informado en su informe, un documento en el que comienza expresando que "los informes que realiza la Inspección Médica obedecen a criterios de imparcialidad y objetividad (...)".

Sin embargo, el perito de la demandante afirma que "falta el consentimiento informado, con la indicación de los posibles efectos secundarios, ya que en su familia hay antecedentes de Parkinson, y su trabajo es la música".

En las contestaciones de dicho perito a la pregunta de "dónde consta que sea necesario un documento de consentimiento informado sobre la patología psiquiátrica", afirmó: "En ningún sitio, pero sí es deseable se haga".

El Tribunal dice que esta contestación es "apodíctica, carente de toda motivación o explicación, y no puede ser considerada porque el perito ni siquiera ha insinuado que los tratamientos farmacológicos supusieran riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente".

Por el contrario, el dictamen del perito aportado por la aseguradora considera que no es necesario el consentimiento porque la frecuencia de los efec-

tos secundarios extrapiramidales (parkinsonianos) son muy bajos y los beneficios superan los efectos secundarios a nivel motor que se pudieran tener.

Informa que la paciente, aunque dice tener antecedentes familiares, "no sufre parkinsonismos con enfermedad neurológica, y es por ello que la prescripción no está contraindicada".

Psicoterapia en vez de terapia farmacológica

La demanda se fundamenta no sólo en la omisión del consentimiento, sino en la falta de medios, por error diagnóstico y de tratamiento terapéutico, pues alega que la paciente debió recibir **psicoterapia en vez de tratamiento farmacológico** y que, como no se hizo, empeoró la enfermedad de base y tuvo lugar un ingreso psiquiátrico involuntario innecesario y desproporcionado, que debería considerarse mala praxis. También alega pérdida de la oportunidad terapéutica de un pronóstico más favorable y del acortamiento del periodo curativo.

El Tribunal descarta una por una todas las imputaciones con base en la sana crítica y en los informes periciales, respaldando el del perito de la aseguradora cuando expresa que "no se considera necesario consentimiento informado escrito para medicación antipsicótica", a la luz de la Ley 41/2002, porque los antipsicóticos utilizados son de uso frecuente y con menos efectos extrapiramidales, "por lo que no habrán existido daños".

Ideación de perjuicios y tortura psicológica

El perito de la aseguradora afirma que la paciente presenta ideas delirantes de perjuicio y tortura psicológica con diagnóstico de psicosis en uno de los episodios patológicos, y la inspectora médica expone que no tiene conciencia de la enfermedad, que falta adherencia al tratamiento y que tiene delirios.

La inspectora médica informa que no hubo desatención y que el caso de esta paciente presenta aspectos éticos que el equipo médico tuvo que abordar teniendo en cuenta que presentó 140 reclamaciones que el servicio de psiquiatría tiene que

gestionar y que la demandante ha sido atendida por más de 20 psiquiatras en numerosas ocasiones, incluso en urgencias pero sin patología urgente, lo que provoca un uso incorrecto de este servicio.

Nota de ADS. Aunque la obtención de consentimiento para el uso de fármacos antipsicóticos no parece ser habitual y es un reto para la psiquiatría debido a lo complejo y delicado de los casos que se tratan, los tratados de Derecho Médico y estudios de bioética médica lo recomiendan en la medida de las posibilidades de capacidad y comprensión del paciente, y con apoyo psicosocial y recursos asistenciales. Y, si no es posible obtener el consentimiento del paciente, deberá acudir al familiar o al representante legal, por aplicación de la Ley 41/2002.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 303 / Mayo 2022. Una sentencia desvincula el consentimiento médico terapéutico del farmacológico.

ADS nº 233 / Enero 2016. Daños por psicofármaco: absolución por prescribir una dosis superior.

ADS nº 125 / 2006. Condena a médico por falta de control de los efectos de la administración de un fármaco.

ADS nº 124 / febrero 2006, pág. 124. Primera condena a médico por omitir consentimiento escrito en tratamiento farmacológico de riesgo.

ADS nº 119 / septiembre 2005, pág. 609. Vioxx: crónica de una sentencia anunciada. M. AMARILLA.

ADS nº 114 / marzo 2005, pág. 179. Medicamentos y derecho a la información. F. J. ANSUÁTEGUI Y M^o BARRANCO AVILÉS.

ADS nº 113 / febrero 2005, pág. 95. Vioxx y Celebrex: la caída de los dioses. Artículo de M. AMARILLA.

ADS nº 109 / octubre 2004, pág. 735. Más control y vigilancia para los medicamentos. Comentario de M. AMARILLA E IÑIGO BARRERA.

ADS nº 103 / marzo 2004, pág. Daño farmacológico grave por negligencia de facultativos al no controlar la administración.

ADS nº 103 / febrero 2004, pág. 224. La información terapéutica directa al ciudadano (ITDC). M. AMARILLA

ADS nº 102 / febrero de 2004, pág. 120. ¿Para cuándo la responsabilidad contractual terapéutica? NURIA AMARILLA.

ADS nº 101 / enero 2004, pág. 16. Culpa objetiva de laboratorio por lesiones hepáticas con Trován.

ADS nº 101 / enero 2004, pág. 1. La información terapéutica y el consentimiento en ensayos clínicos. M. AMARILLA

Comentarios a la sentencia 437/03 de 30.06.2003, de la Audiencia Provincial de Valencia.

ADS nº 99 / noviembre 2003, página 809. Eskacine y la Información Terapéutica.

Comentario de M. AMARILLA sobre la indemnización más alta de Europa por daños muy graves de un fármaco neuroléptico.

ADS nº 99 / noviembre 2003, pág. 381. Condena a laboratorio por óbito de niño durante ensayo con formoterol en polvo.

ADS nº 72 / mayo 2001, pág. 323. La responsabilidad sanitaria llega al sector farmacéutico. IÑIGO BARRERA.

ADS nº 72 / mayo 2001, pág. 339. Condena a laboratorio por me-

noscabo del consentimiento al omitir riesgos en el prospecto.

ADS nº 72 / mayo 2001, pág. 334. Un médico indemnizará por prescribir a un niño una dosis farmacológica de adulto.

ADS nº 71 / abril 2001, pág. 247. Comentario a la sentencia TS 20.03.2001 (un médico indemnizará por prescribir a un niño una dosis farmacológica de adulto), por Manuel Amarilla.

ADS nº 62 / junio 2000, pág. 457. Culpa penal por anámnesis incompleta y recetar un fármaco letal para paciente alérgico.

ADS nº 60 / abril 2003, pág. 286. Nace el derecho a la información del medicamento. Comentario de M. AMARILLA sobre Circular 2/2000.

ADS nº 51 / junio 1999, pág.356. El consentimiento en la utilización de fármacos. M. AMARILLA

ADS nº 39 / mayo 1998, pág. 242. Condenado un laboratorio por no informar del riesgo atípico grave de un fármaco.

ADS nº 33 / noviembre 1997, pág. 618. Arresto mayor e inhabilitación por prescribir un fármaco prohibido.

ADS nº 27 / abril 1997, pág. 207. Los efectos no descritos del fármaco eximen al médico de indemnizar.

Libros de interés

- Alcance de la autonomía del paciente en el consumo de fármacos. Autores: Manuel Amarilla, Mariano Avilés, José F. Olalla, Cecilio Alámo, Iñigo Barreda y otros. Prólogo: Federico Plaza. Edita: Asociación Española de Derecho Farmacéutico.

- Régimen jurídico de la asistencia psiquiátrica. Juan Méjiza, Ana Fernández Miguélez. Colex

STSJ, Contencioso, del 05 de diciembre de 2023
(ROJ: STSJ M 13554/2023- ECLI:ES:TSJM:2023:13554)
Id. CENDOJ: 28079330102023101008
Órgano: Tribunal Superior de Justicia.
Sala de lo Contencioso Sede: Madrid
Sección: 10 Sentencia: 1032/2023
Procedimiento: Procedimiento ordinario
Ponente: FRANCISCA MARIA DE FLORES ROSAS CARRION
Tipo de Resolución: Sentencia
Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima

Procedimiento Ordinario 708/2022
Demandante: Dña. Teresa
PROCURADOR Dña. MARIA GEMA
MORENAS PERONA
Demandado: COMUNIDAD DE MADRID
LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA
SOCIETE HOSPITALIERE DASURANCES
MUTUELLES SHAM
PROCURADOR D. ANTONIO RAMON RUEDA LOPEZ

SENTENCIA Nº 1032/2023

Presidente:

Dña. M^a DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

D. RAFAEL BOTELLA GARCÍA-LASTRA

D. BENJAMIN SANCHEZ FERNANDEZ

En la Villa de Madrid a cinco de diciembre de dos mil veintitres.

La Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha visto el recurso contencioso administrativo tramitado con el número 708/2022 de su registro, que se ha interpuesto por doña Teresa representada por la Procuradora doña María Gema Morenas Perona y dirigida por el Letrado don Antonio Navarro Rubio, contra la resolución dictada en fecha de 22 de junio de 2022 por el Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de la Comunidad de Madrid, desestimatoria de reclamación de responsabilidad patrimonial. Han sido partes demandadas la Comunidad de Madrid, representada y dirigida por la Letrada de su Abogacía General doña María Isabel Marcos Corona, y SOCIÉTÉ HOSPITALIÈRE D'ASSURANCES MUTUELLES, SUCURSAL EN ESPAÑA, representada por el Procurador don Antonio Ramón Rueda López y dirigida por la Letrada doña Teresa Peña Rollán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso contencioso administrativo, se reclamó el expediente administrativo y, siguiendo los trámites legales se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito obrante en autos, en el que hizo alegación de los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó solicitando sentencia "en la que estimando la pretensión ejercitada declare la responsabilidad de la CONSEJERIA DE SANIDAD DE LA COMUNIDAD DE MADRID y SOCIETE HOSPITALIERE D'ASSURANCES MUTUELLES ESPAÑA S.L., y condene a indemnizar a mi representada por los daños y perjuicios causados en su persona". El escrito de demanda valoró la cuantía de la indemnización en la cantidad total de 87.500 euros.

SEGUNDO.- La Comunidad de Madrid y SOCIÉTÉ HOSPITALIÈRE D'ASSURANCES MUTUELLES, SUCURSAL EN

ESPAÑA se opusieron a la demanda, de conformidad con los hechos y fundamentos de derecho que invocaron, terminando por solicitar sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Habiéndose recibido el proceso a prueba, se practicaron los medios probatorios propuestos y admitidos con el resultado que obra en autos.

Presentados los escritos de conclusiones por todas las partes personadas en autos y finalizada la tramitación del proceso, se señaló para votación y fallo del recurso el día 29 de noviembre de 2023, fecha en que tuvo lugar.

En la tramitación del proceso se han observado las reglas establecidas por la Ley.

Ha sido Magistrado Ponente doña Francisca María Rosas Carrión, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Teresa ha interpuesto el presente recurso contencioso administrativo contra la resolución dictada en fecha de 22 de junio de 2022 por el Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de la Comunidad de Madrid, que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada en fecha de 31 de julio de 2019 para la indemnización, en la cantidad de 120.000 euros, de los daños y perjuicios derivados de la deficiente asistencia sanitaria prestada por el Centro de Salud Mental "El Arroyo", de Fuenlabrada y por el Hospital Universitario de Fuenlabrada.

La resolución de 22 de junio de 2022 desestimó la reclamación con fundamento en las historias clínicas de la paciente, y teniendo en consideración el informe de la jefa de Servicio de distrito del CSM de Fuenlabrada, de fecha 8 de agosto de 2019, los informes privados aportados por la interesada, el informe del Servicio de Urgencias de Psiquiatría del Hospital de Fuenlabrada, de 12 de abril de 2021, el informe de la Inspección Sanitaria de 17 de febrero de 2022 y el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid de 18 de mayo de 2022.

La resolución administrativa consideró que la reclamante no había justificado la concurrencia de los requisitos preceptivos para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, al no existir antijuridicidad en el daño que se reclama porque

de los elementos probatorios no resulta ningún atisbo de que la atención que se le dispensó hubiera sido incorrecta o inadecuada.

Previa extensa exposición fáctica, y con invocación de los artículos 139 y concordantes de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de los artículos 1, 25, 26 y siguientes de la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como de doctrina jurisprudencial sobre su interpretación, y apoyándose en la numerosa documentación aportada, en la demanda se concreta el reproche a la asistencia sanitaria dispensada a doña Teresa en los siguientes términos:

"VULNERACIÓN DE LA LEX ARTIS AD HOC:

1.- Falta del debido documento de Consentimiento Informado para medicación antipsicótica.

2.- En cuanto al principio de minimización de datos.

3.- Derecho a la libre elección de facultativo.

4.- Se ha vulnerado asimismo la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente al retrasar durante años la entrega del certificado médico.

5.- Asimismo la falta de utilización de medios en el abordaje de la paciente, la cual debía haber sido tratada únicamente con psicoterapia y no con tratamiento farmacológico que derivó en un internamiento involuntario.

SEGUNDO: Sobre la causa de los daños:

Se ha producido en este caso una clara negligencia en la actuación de los Servicios Públicos de Salud, en cuánto a permitir que se produzcan los hechos relatados, y que han sido determinados previamente, mediante una actuación grosera, según la Lex Artis Ad Hoc, con errores diagnósticos previos de los diferentes servicios de Psiquiatría en los que ha sido atendida, en una clara relación causal entre la deficiente actuación y el resultado dañoso.

Así mismo se ha vulnerado el Derecho a la Protección de la Salud recogido en el artículo 43 de la Constitución Española, y a recibir una atención sanitaria adecuada, siendo asimismo vulnerada la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente. El resultado en la persona de DOÑA Teresa, del tratamiento médico incorrecto, empeora

miento de su enfermedad de base, internamientos involuntarios innecesarios y pérdida de oportunidad terapéutica, es desproporcionado a la edad y a la evolución de su situación física de haber sido convenientemente abordada, lo cual revela claramente la penuria negligente de medios empleados, según el estado de la ciencia y el descuido en su conveniente y diligente utilización, según la Regla Res Ipsa Logitur".

Y, afirmando la demandante que en el caso se ha de invertir la carga probatoria, considera que concurren los presupuestos que han originado la responsabilidad patrimonial, y solicita la cantidad de 87.000 euros como indemnización "Por el tratamiento médico incorrecto, empeoramiento de su enfermedad de base, internamientos involuntarios innecesarios y pérdida de oportunidad terapéutica, así como el evidente perjuicio laboral y daños morales".

La Comunidad de Madrid ha solicitado la desestimación del recurso contencioso administrativo, dado que, según resulta del informe de la Inspección Sanitaria y del informe del Servicio de Psiquiatría del Hospital de Fuenlabrada, no concurrió mala praxis en la atención sanitaria prestada a la demandante por el Centro de Salud Mental "El Arroyo" ni por el citado hospital. Finalmente, y para el caso de acogerse la demanda, señala que la cantidad solicitada como indemnización es excesiva y no se acomoda a lo dispuesto en el artículo 141.2 y concordantes de la Ley 30/1992.

Igual pretensión desestimatoria deduce la entidad SOCIÉTÉ HOSPITALIÈRE D'ASSURANCES MUTUELLES, SUCURSAL EN ESPAÑA, que con carácter previo opone su falta de legitimación pasiva en lo atinente a la franquicia de 15.000 euros incluida en la póliza de seguros suscrita con la Comunidad de Madrid.

En cuanto al fondo, basándose en el informe de la jefa de distrito del Centro de Salud Mental de Fuenlabrada y en el de la Inspección Sanitaria, concluye que la asistencia sanitaria se ajustó a la "lex artis", oponiéndose a la indemnización solicitada.

SEGUNDO.- Los términos en que se ha formulado la excepción de falta de legitimación pasiva de SOCIÉTÉ HOSPITALIÈRE D'ASSURANCES MUTUELLES, SUCURSAL EN ESPAÑA no sugieren propiamente un supuesto de falta de "legitimatío ad processum", sino de falta de "legitimatío ad causam", pues lo que realmente se discute no es la existencia de un obstáculo a la válida constitución de la relación jurídico procesal, sino la condición material de sujeto pasivo de la acción ejercitada por la

recurrente. La cuestión de la oponibilidad a terceros de las franquicias pactadas en las pólizas de seguro de responsabilidad civil ha sido abordada, entre otras, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de enero 2022, recurso número 4/2019, al declarar:

"1.- Para seguir un orden lógico en la resolución de las cuestiones planteadas en el motivo de casación, debe analizarse en primer lugar, la alegación relativa a la inmunidad de la acción directa ejercitada en la demanda.

En relación con esta inmunidad del tercero, la jurisprudencia se ha planteado el problema de las denominadas excepciones impropias, es decir, las referidas a hechos relacionados con el contenido del contrato de seguro suscrito entre la compañía de seguros y el tomador, que producen daños en un tercero y quedan excluidos en la póliza o no se aseguran con las características con las que se produjo. En una interpretación puramente literal del art. 76 LCS, como la que propugna el recurrente, parecería que estas excepciones tampoco serían oponibles al perjudicado, porque solo se podrían oponer las excepciones personales que tenga la compañía de seguros contra el perjudicado y la negligencia de éste como causa del siniestro. No obstante, esta interpretación ha sido matizada por nuestra jurisprudencia.

La sentencia 40/2009, de 23 de abril, reproducida por la sentencia 484/2018, de 11 de septiembre, si bien reconoce que la acción directa es inmune a las excepciones personales que el asegurador puede oponer frente al asegurado, también sostiene que se pueden oponer las denominadas en la sentencia "excepciones impropias", que define como "aquellos hechos impeditivos objetivos, que deriven de la ley o de la voluntad de las partes", es decir, [...] "aquellas condiciones establecidas en el contrato y relativas a su contenido, que [el asegurador] podría haber opuesto frente a su asegurado en el caso de que éste fuera quien hubiese reclamado".

Según la misma sentencia, estas excepciones son admisibles porque "la acción directa del art. 76 LCS tiene su fundamento en el propio contrato por lo que su contenido puede hacerse valer frente al asegurado y así, en el seguro de responsabilidad civil, la regla general es que la obligación del asegurador viene determinada frente a terceros por la cobertura del asegurado".

Y la sentencia de pleno 321/2019, de 5 de junio, resumió el estado de la jurisprudencia al declarar:

"La inmunidad de la acción directa a las excepciones que el asegurador tenga contra su asegurado significa que no puede oponer las excepciones personales ni las derivadas de la conducta del asegurado, como por ejemplo el dolo, pero sí las excepciones objetivas, tales como la definición del riesgo, el alcance de la cobertura y, en general, todos los hechos impeditivos objetivos que deriven de la ley o de la voluntad de las partes del contrato de seguro (STS 200/2015, de 17 de abril , con cita de las de 26 de noviembre de 2006 , 8 de marzo de 2007 y 23 de abril de 2009).

"En particular, "la delimitación del riesgo efectuada en el contrato resulta oponible [...] al tercero perjudicado, no como una excepción en sentido propio, sino como consecuencia de la ausencia de un hecho constitutivo del derecho de aquel sujeto frente al asegurador. Ese derecho podrá haber nacido frente al asegurado en cuanto causante del daño, pero el asegurador no será responsable, porque su cobertura respecto al asegurado contra el nacimiento de la obligación de indemnizar sólo se extiende a los hechos previstos en el contrato. En tales casos, queda excluida la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato" (STS 730/2018, de 20 de diciembre , que cita las sentencias 1166/2004, de 25 de noviembre ; 268/2007, de 8 de marzo ; 40/2009, de 23 de abril ; 200/2015, de 17 de abril ; y 484/2018, de 11 de septiembre)".

Por lo tanto, en principio, SOCIÉTÉ HOSPITALIÈRE D'ASSURANCES MUTUELLES, SUCURSAL EN ESPAÑA podría oponer frente a doña Teresa la franquicia general de 15.000 euros que afirma incluida en la póliza de seguro suscrita con la Comunidad de Madrid, lo que no quiere decir que este sea el caso, por cuanto que el contrato de seguro no se ha aportado al expediente ni al proceso, lo que impide apreciar la excepción material de falta de legitimación pasiva parcial.

TERCERO.- Conviene recordar ahora que el artículo 106.2 de la Constitución Española proclama la responsabilidad patrimonial de la Administración, al disponer que: " Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

En concordancia con la norma constitucional el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común, disponía : "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Diremos también que el artículo 32.1 y 2 y el artículo 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, vigente al tiempo de la reclamación, disponen:

"Artículo 32. Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

.../...

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

"Artículo 34. Indemnización.

1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

.../...

2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesión

nes corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.

3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado".

Pues bien, doctrina jurisprudencial en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración recogida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2012 y de 29 de julio de 2013, exige que para que la misma se produzca concurren los siguientes requisitos:

1º.- Un hecho imputable a la Administración, basando con acreditar que el daño se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público.

2º.- Un daño antijurídico producido, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, o lo que es igual, que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportar.

El daño o perjuicio patrimonial ha de ser real, no basado en meras esperanzas o conjeturas, evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2011, con cita de la de 1 de julio de 2009, declara que " no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa". Y añade que, conforme a la sentencia del Tribunal Su-

premo de 25 de septiembre de 2007, " la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido". Finalmente, insiste en que " es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo , 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995 , 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)".

3º.- Relación de causalidad entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido.

Se ha de señalar que el concepto de relación causal se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, como presupuesto o " conditio sine qua non" , esto es, como acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del anterior, aunque es necesario además que resulte normalmente idóneo para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso, hasta alcanzar la categoría de causa adecuada, eficiente y verdadera del daño (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1998 y de 16 de febrero de 1999, entre otras).

4º.- Ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización y distinta del caso fortuito, supuesto este que sí impone la obligación de indemnizar.

5º.- Que el derecho a reclamar no haya prescrito, lo que acontece al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, si bien, en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, dicho plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

También es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que esa responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque es impres-

cindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, dado que no es posible constituir a la Administración en aseguradora universal (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2011 y 14 de noviembre de 2011, entre otras).

CUARTO.- En asuntos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de asistencia sanitaria, la doctrina jurisprudencial-por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008- tiene declarado que "(...) el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no impide que para su exigencia, como señala la sentencia de 7 de febrero de 2006, sea imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. A tal efecto, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración (Ss. 14-10-2003 y 13- 11-1997).

La concepción del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial que se mantiene por la parte recurrente no se corresponde con la indicada doctrina de esta Sala y la que se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, según la cual: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar" (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003).

Se ha de precisar que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de actuaciones sanitarias, la doctrina jurisprudencial viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la "lex artis" como modo de determinar cuál es la actuación médica

correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente, de manera que, si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de acuerdo con el estado del saber y de los medios disponibles, la lesión causada no constituiría un daño antijurídico- sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, con cita de la de 22 de diciembre de 2001-.

En este sentido, en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012 se declaraba:

"(...) debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concorra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004, con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año).

Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la "lex artis" (...)", es decir, que la adopción de los medios al alcance del servicio y el empleo de la técnica correcta, en cuanto supone la acomodación de la prestación sanitaria al estado del saber en cada momento y su aplicación al caso concreto aten-

diendo a las circunstancias del mismo, traslada el deber de soportar el riesgo al afectado y determina que el resultado dañoso no sea antijurídico- sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, con cita de la de 22 de diciembre de 2001, y de 25 de febrero de 2009-, ya que ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles y de la utilización de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones, pero no abarca el deber de garantizar un resultado positivo.

También la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015 (recurso de casación nº 2099/2013) declaraba que:

"...no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la "lex artis" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente ", por lo que " si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la "lex artis" , no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido" ya que " la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados".

En suma, el criterio de normalidad delimita la responsabilidad sanitaria exigiendo no sólo que exista el elemento de lesión sino también que no se haya prestado un servicio adecuado a los estándares habituales, bien sea porque el personal sanitario no haya actuado con arreglo a la diligencia debida, diligencia que incluye la utilización de los conocimientos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica o técnica en su conjunto, "teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información", y la disposición de los medios al alcance que, por su propia naturaleza, no tienen un carácter ilimitado.

QUINTO.- En relación a la alegada pérdida de la oportunidad terapéutica, también interesa citar aquí la doctrina declarada, entre muchas otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero y de 3 de diciembre de 2012, en las que, remitiéndose a la de 27 de sep-

tiembre de 2011 que, a su vez, se refería a otras anteriores, recordando que aquélla definía la doctrina citada en los siguientes términos:

" Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009 :

"La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005 , como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007 , configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente". (FD 7ª)" .

Con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011 y de 22 de mayo de 2012, la dictada en fecha de 20 de marzo de 2018 insiste en la doctrina de la pérdida de la oportunidad desde la óptica de la incertidumbre "acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo".

En similar sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016 reitera que la doctrina de la pérdida de la oportunidad "exige que concurra un supuesto estricto de incertidumbre causal, esto es una probabilidad causal seria, no desdeñable, de que un comportamiento distinto en la actuación sanitaria no

solo era exigible, sino que podría haber determinado, razonablemente, un desenlace distinto".

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008 se refería a la doctrina de la pérdida de la oportunidad por retraso en dispensar al paciente, en las mejores condiciones posibles, el tratamiento que necesitaba, lo que le privó de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud; en ella se declaraba que:

"(...) esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la "pérdida de oportunidad" [entencias de 7 de septiembre de 2005 (casación 1304/01, FJ2^o) y 26 de junio de 2008, ya citada, FJ6^o], constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una "falta de servicio"".

SEXTO.- Entre los principios básicos que la inspiran, el artículo 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que regula con carácter básico la autonomía del paciente y los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se recogen la dignidad de la persona humana; el respeto a la autonomía de su voluntad; el derecho del paciente a recibir una información adecuada antes de prestar el previo consentimiento a toda actuación en el ámbito de la sanidad; el derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles; y la obligación de todo profesional que intervenga en la actividad asistencial de cumplir los deberes de información y de documentación clínica, y de respetar las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente. Ese derecho a la información asistencial se concreta en el artículo 4 de la precitada Ley, en el que se dispone que:

"1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando

constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle".

El artículo 5 señala que el titular del derecho a la información es el paciente, aunque también serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita, o que, según el criterio del médico que le asiste, el paciente carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico.

El artículo 10 de la Ley 41/2002 concreta el contenido de la información al disponer:

"Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito.

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente". En lo que interesa a los derechos de autodeterminación y de información del paciente en relación con el derecho constitucional a la integridad física, la importante sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo-que también examina esas cuestiones desde la óptica del

consentimiento informado que ha de prestarse después de recibir la información debida-, consideró, en sus fundamentos jurídicos 2 a 6, que la ausencia o el defecto del consentimiento informado no sólo constituyen una mala praxis por vulneración de los derechos reconocidos en la Ley Básica de Autonomía del Paciente, sino también una lesión de los derechos fundamentales a la integridad física y a la libertad, que no son meros derechos subjetivos que sólo vinculen negativamente a los poderes públicos, sino que éstos también tienen el mandato constitucional de proteger, coadyuvando a que su disfrute sea real y efectivo (entre otros, auto del Tribunal Constitucional 333/1997, con cita de sus sentencias 25/1981, 53/1985 y 129/1989 y de su auto 382/1996). En lo que concretamente atañe al consentimiento informado, el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente, dispone que " el consentimiento informado supone la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud".

El artículo 8 de la precitada Ley, regula el consentimiento informado en los siguientes términos:

"Artículo 8. Consentimiento informado.

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general.

Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos

de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento".

En lo que ahora interesa, entre muchas otras, la sentencia de Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012, con cita de la de 26 de marzo del mismo año, declaraba lo siguiente:

" Resulta claro que tanto la vigente regulación, más detallada y precisa, como la anterior coinciden en un punto esencial, esto es la exigencia del "consentimiento escrito del usuario" (art. 10.6 Ley General de Sanidad, 14/1986 , art. 8.2. Ley 41/2002) para la realización de intervenciones quirúrgicas. Si bien actualmente también se prevea respecto de procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Todo ello, a salvo claro está de situaciones en que deban adoptarse decisiones urgentes adecuadas para salvar la vida del paciente o cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones.

Se ha recordado en la Sentencia de 29 de junio de 2010, recurso de casación 4637/2008 lo dicho en la Sentencia de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002 sobre que "El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos".

.../...Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración)".

Y una constante jurisprudencia (Sentencias de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002 , 1 de febrero de 2008 , recurso de casación 2033/2003, de 22 de octubre de 2009 , recurso de casación 710/2008

, sentencia de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008) insiste en que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la "lex artis" y revela una manifestación anormal del servicio sanitario.

... En fecha reciente el Tribunal Constitucional ha declarado (FJ 7º) en su STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011 , estimando un recurso de amparo por quebranto de los arts. 15 y 24.1. CE que "no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad".

Nuestra jurisprudencia (SSTS 29 de junio 2010, rec. casación 4637/2008 , 25 de marzo de 2010 , rec. casación 3944/2008), sostiene que no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales.

Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entraña una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar una vez iniciada una asistencia hospitalaria con cambio de centro médico y tipo de anestesia. Debe insistirse en que una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad, aunque sí existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento. Además, hemos desvinculado la falta o insuficiencia de consentimiento informado, de la existencia de mala praxis, pues el defecto o insuficiencia en el consentimiento constituye, en sí mismo, mala praxis.

Así lo acabamos de afirmar en nuestra sentencia de fecha 30 de septiembre de 2011, recurso 3536/2007 y las que en ella se citan". Hemos de añadir a lo anterior que el **artículo 10 de la Ley 41/2002**, de 14 noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, al regular las condiciones de la información previa al consentimiento por escrito, viene a señalar indirectamente el contenido mínimo del mismo, que será:

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad;
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente;
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; y

d) Las contraindicaciones. La jurisprudencia que ha interpretado el precepto citado, expresada, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2012, ha venido matizando que "(...) no cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada-puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica -no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario".

SÉPTIMO. - La decisión de las cuestiones litigiosas planteadas en este proceso pasa por examinar los elementos probatorios aportados al mismo y por valorarlos en su conjunto y según las reglas de la sana crítica -puesto que en nuestras leyes procesales no rige el principio de prueba tasada-, y aplicando, en su caso, las reglas sobre la carga probatoria establecidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual corresponde al demandante "la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda", y corresponde al demandado "la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior". Las precitadas reglas generales se matizan en el apartado 7 del precepto citado, en el sentido de que se "deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

A excepción hecha de la acreditación de la firma de los consentimientos informados, en el caso de autos no existe razones para alterar, con carácter general, la carga de la prueba, ya que todas las partes han tenido una facilidad probatoria similar, por cuanto que en el expediente administrativo y en los autos obra la documentación necesaria para su defensa y para la resolución de las cuestiones litigiosas que planteen, la Administración demandada no ha impedido el acceso a la prueba de la demandante, ni ésta ha invocado la doctrina del daño desproporcionado. Añadiremos que el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como

norma reguladora de la sentencia, entra en juego cuando en la misma se estime que no se ha probado un hecho básico, para atribuir las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que le correspondía el "onus probandi", según las reglas aplicables para su imputación a una u otra parte, pero no cuando se considera que un presupuesto fáctico esencial para la resolución de la litis ha quedado debidamente acreditado mediante cualquier elemento probatorio, sin que, en virtud del principio de adquisición procesal, importe qué parte aportó la prueba.

Aunque nuestras leyes procesales no formulan el citado principio de adquisición procesal, también llamado de comunidad de prueba, el mismo tiene pleno reconocimiento en la doctrina jurisprudencial pacífica expresada, entre otras, en las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 31 de enero y 14 de febrero de 2012, al declarar que: "Probado un hecho resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba en virtud del principio de adquisición procesal". Y lo mismo habían declarado antes las sentencias de la misma Sala del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2008 y de 1 de marzo de 2010.

Así lo declaraba también la sentencia de 8 de abril de 2013 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, al decir que: "(...) como hemos reiterado en otras ocasiones, en virtud del principio de adquisición procesal, la sentencia impugnada puede valorar todos los elementos probatorios obrantes en las actuaciones (...) al margen de cuál de las partes hubiera aportado el elemento probatorio y de la concreta razón por la que se aportó (Sentencias de 79/2009, de 4 de febrero y 292/2010, de 6 de mayo)".

Y antes la sentencia de la misma Sala de 16 de enero de 2011, al declarar: "En el caso sucede que el dato fáctico (...) se declara probado, y no importan los elementos de prueba que se hayan tomado en consideración, ni quien los aportó-principio de adquisición procesal-, ni la cantidad ni entidad de los mismos - dosis de prueba-. Tales cuestiones pueden incidir en otros aspectos del derecho probatorio, pero son ajenas a la carga de la prueba, pues el art. 217 LEC no contiene regla alguna valorativa de prueba".

En definitiva, dicho principio obliga al tribunal a valorar todas las pruebas practicadas con independencia de qué parte las haya aportado al proceso, al considerar que los resultados de la actividad probatoria en su conjunto son comunes para todas las partes, de manera que, a los efectos de acreditar los hechos controverti-

dos, es irrelevante que los medios probatorios se hayan practicado a instancia de una u otra parte.

OCTAVO. - En el supuesto de autos algunas de las cuestiones litigiosas son eminentemente técnicas, en cuanto pertenece al ámbito de la ciencia médica dilucidar si la asistencia sanitaria fue prestada adecuadamente, si fue acorde con la "lex artis", es decir, si la paciente fue atendida debidamente y según el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado y empleando los medios disponibles.

Resulta que, cuando para apreciar y valorar algún punto de hecho de relevancia para resolver la litis, sean necesarios o convenientes conocimientos especiales, se establece, como cauce adecuado para hacerlos llegar al proceso, el de la prueba pericial y, en su caso, el informe de la Inspección Sanitaria.

En este caso la parte demandante ha aportado al proceso un informe del perito de su designación don Cayetano, Licenciado en Medicina y Cirugía y Especialista en Psiquiatría y en Psiquiatría Legal, datado en fecha de 9 de marzo de 2023, y aclarado posteriormente por escrito a preguntas de las partes.

El objeto de informe fue " determinar el estado mental de doña Teresa, y las posibles secuelas y consecuencias que alteraron su salud mental, por el supuesto maltrato asistencial, llevado a cabo sobre su persona, por la Unidad y/o Servicio de Psiquiatría y Centro de Salud Mental, de Fuenlabrada, (Madrid)".

Han sido sus fuentes la anamnesis, entrevistas y tests realizados en varias consultas, los informes clínicos del Centro de Salud Mental y del Hospital de Fuenlabrada, y las quejas presentadas por la paciente, con base en lo cual el perito ha efectuado un resumen de sus antecedentes familiares y personales, y la valoración del caso en la triple vertiente de exploración psicopatológica, parte reflexiva y consideraciones médico-legales, lo que conducen al siguiente:

"Resumen Diagnóstico.

Trastorno de ansiedad generalizada F41.1,-de posible etiología postraumática- (mala praxis médica). Según la Clasificación de los Trastornos Mentales y del Comportamiento, de la CIE-10".

Por su parte, SOCIÉTÉ HOSPITALIÈRE D'ASSURANCES MUTUELLES, SUCURSAL EN ESPAÑA, ha aportado al proceso un dictamen del perito de su designación don Edemiro, Licenciado en Medicina y Cirugía, Especialista

en Psiquiatría y Magíster en Psiquiatría Legal y Forense, cuyo objeto ha sido el análisis de la asistencia sanitaria prestada a la recurrente, y que posteriormente ha sido aclarado por escrito a preguntas de las partes.

Previo exposición de sus fuentes, referencia a las causas por las que se imputa vulneración de la "lex artis", resumen de los hechos más relevantes de las historias clínicas y de las reclamaciones de la paciente, así como de consideraciones médicas sobre las cuestiones que interesan al caso, de las que destaca el consentimiento informado en relación a la medicación antipsicótica y sus efectos, los trastornos paranoides, y la relación médico-paciente, el dictamen procede al análisis y valoración del caso, dando respuesta a las cuestiones que planteó el Letrado de la recurrente en la demanda, y concluyendo que:

"CONCLUSIONES

1. No han existido falta de utilización de medios en el abordaje de la patología que padece Doña Teresa, habiendo sido la propia pericianda quien ha rechazado de manera sucesiva las intervenciones tanto psicoterapéuticas como psicofarmacológicas que ha tenido lugar y solicitando el alta voluntaria de los diferentes dispositivos de atención clínica.

2. No se ha producido una pérdida de oportunidad terapéutica, dado que en los momentos de urgencia y descompensación psicótica aguda, ha recibido atención clínica incluso hospitalaria y en los momentos en los que la atención debía de ser ambulatoria, ha sido incapaz de desarrollar una demanda de tipo clínico (no administrativo) y de entablar una relación terapeuta-paciente basada en la confianza con quien correspondía ser su terapeuta, según lo recogido en la historia clínica.

3. No existe una relación de causalidad entre la pérdida de oportunidad y los perjuicios irrogados a la paciente, dado que rechaza medios, no establece relación terapéutica con quien corresponde y los perjuicios que se suponen en forma de "perjuicios por el sistema sanitario", son en sí mismos los síntomas cardinales del trastorno del que ha sido diagnosticada, que ya previamente desde el año 2010 presentaba períodos clínicos con síntomas psicóticos con ideas delirantes de perjuicio (diagnóstico de Psicosis).

4. Se considera adecuado que se proceda a realizar un ingreso involuntario en diciembre de 2019 ante la presencia de ideación delirante de perjuicio (síntomas

psicóticos), con nula conciencia de enfermedad, gran afectación conductual y vivencial y nula adherencia farmacológica, ante el peligro que conlleva la influencia de la ideación delirante en la voluntad del individuo, más aún en una persona con antecedentes de intentos suicidas en contexto de crisis psicóticas. No haberlo hecho, se hubiese considerado una temeridad desde el punto de vista clínico.

5. No se ha detectado vulneración de la Lex Artis Ad Hoc en ninguna de las situaciones clínicas evaluadas.

6. No se considera necesario el consentimiento informado para la dispensación de medicación antipsicótica.

7. La frecuencia de efectos secundarios extrapiramidales (parkinsonianos) de los últimos fármacos pautados (olanzapina, aripiprazol y quetiapina) son muy bajos y los beneficios clínicos recogidos en la historia clínica superan los efectos secundarios a nivel motor que pudieran tener. Se podría recomendar un ajuste de dosis a la baja en caso de mala tolerancia. Tampoco existe relación aparente con que un familiar suyo haya tenido temblor en reposo.

8. Con respecto a los datos clínicos en la entrevista clínica se plantea documentar el lugar de trabajo, quedando a criterio del clínico la necesidad de incluir detalles específicos en función de la relevancia para el caso en cuestión."

Destacaremos también el informe la Inspección Sanitaria, realizado en fecha de 17 de febrero de 2022 por la Médico Inspectora doña María Milagros, que se ha basado en las historias clínicas - Centro de Salud Mental, Hospital de Fuenlabrada, Hospital de Getafe y Hospital 12 de Octubre-, y ha tenido en consideración la documentación adicional obrante en el expediente administrativo, y los informe de los servicios sanitarios implicados. El informe de la Médico Inspectora ha recogido una extensa exposición de los hechos relevantes de las historias clínicas, de las quejas presentadas y de los precitados informes, ha explicado conceptos médicos generales sobre la falta de conciencia de la enfermedad, la falta de adherencia al tratamiento, la relación médico-paciente, y los delirios. Ha concluido que: "La actuación de los profesionales del Servicio de Psiquiatría de Fuenlabrada y del Centro de Salud Mental se ajustó a la lex artis". Y ha motivado dicha conclusión en el siguiente juicio crítico sobre el caso:

"8.-JUICIO CRÍTICO

Recordar que los informes que realiza la Inspección

Médica obedecen a criterios de "imparcialidad, objetividad y profesionalidad", como ha puesto de manifiesto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en multitud de sentencias.

Por todo ello he leído detenidamente cada una de las páginas de la documentación que ha aportado la reclamante en distintas fechas. He analizado igualmente todos los informes clínicos, tanto los facilitados por las partes, como los que, como Inspectora puedo acceder a través del visor Horus. No conozco ni he hablado jamás con ninguna de las personas / facultativos que figuran en dichos informes.

Por ello, en la elaboración de este extenso informe he intentado primero organizarlo y segundo reflejar fielmente los aspectos más relevantes del mismo, prescindiendo de interpretaciones, sino transcribiendo literalmente en muchas ocasiones el contenido de las reclamaciones realizadas por la interesada, sus razonamientos, la documentación aportada a lo largo del procedimiento, los informes clínicos... en aras a facilitar el juicio clínico que debe emitir esta inspectora, prescindiendo así de cualquier interpretación que pueda ser considerada como subjetiva.

Cualquier actuación clínica debe de respetar los derechos de las personas con problemas de SM y deben de dar una respuesta adecuada a las necesidades, apoyo o atención que puedan tener en cada momento de su vida. En este sentido, he valorado cronológica y detalladamente el seguimiento recibido por la paciente y considero que la atención recibida por los profesionales de salud mental ha sido adecuada. en cada situación que se ha presentado.

Se ha respetado su criterio, se le han adelantado citas, se le ha atendido en múltiples ocasiones fuera de hora, siempre se le ha escuchado. Por lo tanto, no he encontrado en la valoración del seguimiento realizado por los facultativos del S° de Psiquiatría del H. de Fuenlabrada, incluido por supuesto el Centro de Salud Mental, ningún motivo de reproche. Por ello puedo afirmar que han actuado conforme a la *lex artis*, a lo largo de los años, incluso en estos últimos años, a pesar de la reiterada hostilidad manifestada por la reclamante hacia todos ellos.

En relación a los informes emitidos por los Servicios implicados, quiero detallar lo siguiente:

-El informe de la Jefa de S° de Psiquiatría (08/08/19) realiza un resumen de la evolución de la paciente en dicho 50 desde el año 2007, que puede verificarse en

la HC que he consultado. Estoy de acuerdo con su enfoque diagnóstico, porque así lo he contrastado con la bibliografía consultada. La descripción cronológica y detallada que realiza del proceso asistencial y de la gestión de las 140 reclamaciones interpuestas por la paciente me parece correcto, por lo que suscribo todos los aspectos que detalla, el modo de actuación, el abordaje de todos los aspectos éticos que esta situación ha planteado en el servicio de que es responsable.

-El informe del S° de Psiquiatría (doc.8), emitido el 12/04/21, nada tengo que añadir. Estoy de acuerdo con el mismo y considero que las decisiones que se han tomado han tenido como prioridad el beneficio de la paciente, ajustándose a la *lex artis*.

-Informes de distintos ámbitos relacionados con la reclamación (doc.9): He hecho referencia en el punto 6.3 al emitido por el S° de Psiquiatría 8/1/20. (VER). Nada que alegar. Se justifican tanto clínicamente como en temas de logística, la atención recibida.

En relación con la responsabilidad patrimonial que solicita la reclamante, manifiesto que en los múltiples informes clínicos que he analizado, no he encontrado ningún tipo de argumento que indique una falta de atención clínica a la paciente. Muy al contrario, me ha parecido el proceder de los clínicos que han atendido a esta paciente irreprochable y en concreto en los dos que reiteradamente cita la reclamante su proceder se ha ajustado a la "*lex artis ad hoc*", tal como he podido comprobar. Ha habido comprensión, paciencia, facilidades de atención fuera de hora, sin citas previas, adelanto de citas,no imposición de tratamientos, pero sí expresión de su necesidad sobre todo en momentos puntuales de agudización de la enfermedad.

Han sido más de 20 profesionales psiquiatras los que han atendido a esta paciente en numerosas ocasiones.

Se adjunta el listado de visitas a Servicios de Urgencias hospitalarias realizadas por la reclamante a la fecha de la firma de este informe, para su constancia y valoración de situación. La mayoría de las ocasiones, por patología no urgente. Pero no creo que el juicio crítico debe de terminarse con esta conclusión. La lectura del expediente habla por sí mismo. Se trata de una paciente con un problema de salud mental de difícil tratamiento en muchas ocasiones, sin conciencia de enfermedad, sin adhesión al tratamiento y con una actitud querulante, por lo que deduzco muy acusada: múltiples reclamaciones, múltiples consultas a Urgencias, sin patología urgente (...) de la que no hay manera de salir.

Me atrevo a sugerir y animar a la reclamante que tal como expresó en la consulta realizada en 7112/21 "Comenta que le gustaría hacer "borrón y cuenta nueva", que su caso se enfocase bien y que no se tuviesen en cuenta sus antecedentes". Sinceramente, creo que ese sería el mejor proceder. Y expreso por el bien de todos. Como profesional independiente también analizo la "situación de la otra parte", es decir del propio Servicio de Psiquiatría del Hospital de FLB, que está formado por facultativos que también son personas. Todas las personas formamos parte de una sociedad con derechos y obligaciones y con derecho a ser tratadas con consideración. Por eso, nadie tiene derecho a inculpar, desacreditar, y faltar al derecho al honor de las personas, en este caso a profesionales que, como tales y como ciudadanos se encuentran en una situación de indefensión absoluta. En este sentido, en el expediente, la reclamante /paciente realiza afirmaciones muy serias en relación a estos profesionales /ciudadanos. Entiendo que también éstos pueden considerarlas por otras vías, si esta situación no cesa.

Copio: "faltas contra la integridad moral y contra mi personalidad durante años y considero que he sido discriminada. Delitos permanentes" "he sido sometida durante años a tortura mediante coerción, chantajes y amenazas con toma de medicación que he dicho que no me sentaba bien." "Discriminado por mis opiniones..., he sido mentirla de forma repetida....demasiado estigma por parte de la profesional hacia mí." "Actuación discriminatoria", "por perpetuar que un delincuente de pederastia siga trabajando con menores y su escasa conciencia de responsabilidad social"-He sido "ofendida, manipulada, maltratada, intimidada, han abusado emocionalmente de mí estos años los facultativos (...). Justifica que debido a estos dos profesionales se ha "perjudicado la dignidad de sus jefes (a los que nombra), incluso debido a ellos justifica que "atención al paciente" se ha visto afectada con una sobrecarga laboral". Imprudencia. Tortura psicológica, Delitos permanentes. Negligencia. Mala praxis. Presión psicológica. Manipulación de datos. Coacciones. Seguimiento coercitivo (..)". Consulto algunas publicaciones sobre jurisprudencia en casos similares. Desconozco a quien corresponde hacer frente a estas reclamaciones, sean patrimoniales (que lo dudo) o no, pero queda claro que para esta inspectora ha supuesto un trabajo enorme, que he intentado sea riguroso como cualquier otro informe de responsabilidad patrimonial, y solo espero que sirva para algo.

Mi reiteración de consejo a la demandante de que cese en este proceder, que no dudo le genera sufrimiento

tanto a ella, por su enfermedad, pero también como a todos los implicados, además de un uso incorrecto de los servicios de urgencias hospitalarias".

NOVENO.- Como se ha dicho, el carácter técnico de las cuestiones litigiosas planteadas en este proceso hace necesario acudir al informe y al dictamen pericial aportados por las partes, respecto a los que se ha de señalar que ninguno de ellos acredita por sí mismo ni de una forma irrefutable el acierto de una determinada valoración y apreciación técnica de los hechos o datos relevantes para resolverlas: No existen reglas generales preestablecidas para valorarlos salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de la prueba, por lo que su fuerza de convicción reside en gran medida en su fundamentación y coherencia interna, en la cualificación técnica de sus autores y en su independencia o lejanía respecto a los intereses de las partes.

También se ha tener en consideración el informe de la Inspección Sanitaria que, sin ser propiamente una prueba pericial, constituye un notable elemento de juicio cuya fuerza de convicción proviene de la circunstancia de que los Médicos Inspectores informan con criterios de profesionalidad e imparcialidad respecto del caso y de las partes, dependiendo también de que sus consideraciones y conclusiones estén motivadas y sean objetivas y coherentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, se examinará, en primer lugar, el motivo de impugnación deducido en la demanda contra la resolución de 22 de junio de 2022 relativo a la falta de utilización de los medios adecuados para tratar a la paciente.

Se alega al efecto que la demandante debió recibir psicoterapia en vez de tratamientos farmacológicos, afirmación que se intenta sustentar en los informes del Servicio de Psiquiatría del Hospital Universitario de Getafe de 29 de enero y 18 de junio de 2020, con base en los cuales se sostiene que se vulneró la "lex artis" al haberse incurrido en error en el diagnóstico y en el tratamiento terapéutico, que fue incorrecto y empeoró la enfermedad de base, dio lugar a un ingreso psiquiátrico involuntario innecesario y desproporcionado, que debe considerarse mala praxis, así como a la pérdida de la oportunidad terapéutica de un pronóstico más favorable y del acortamiento del periodo curativo.

Y ello se justifica a la vista de la alta capacidad de la recurrente y que entre 2014 a 2019 no tuvo ninguna baja médica laboral. La resolución del motivo de re-

curso pasa por considerar que en los citados informes consta lo siguiente:

Informe de fecha 29 de enero de 2020: diagnóstico principal: "No se objetiva psicopatología de eje uno en el momento actual"; se recomienda que, en todo caso necesitaría, un abordaje psicoterapéutico de sus dificultades de interacción con médicos y vivencias de perjuicio.

Informe de 18 de junio de 2020: "En cualquier caso, la situación clínica de la paciente no revela psicopatología aguda de eje 1 ni hay tratamiento psicofarmacológico en curso ni que pueda mejorar el trasfondo de eje II (personalidad), pareciendo que en todo caso podría beneficiarse de un abordaje psicoterapéutico de sus dificultades de interacción con médicos y vivencias de perjuicio".

A su vez, en el apartado de exploración psicopatológica de informe realizado por el perito de designación de la recurrente, don Cayetano, el 9 de marzo de 2023, se consigna:

"No se detecta en la exploración, alteración del contenido del pensamiento, en cuanto ideación de tipo psicótico, paranoide y/o de cualquier otro tipo, que distorsione la realidad".

En ese mismo apartado se considera que los diagnósticos emitidos sobre la recurrente estuvieron, posiblemente, equivocados -y que no procedía el ingreso psiquiátrico, en contra de su voluntad- porque la riqueza de vocabulario, su agilidad mental, el cuestionamiento de la asistencia psiquiátrica y sus quejas y reclamaciones "retroalimentaba el criterio facultativo cuando era explorada, de que este comportamiento, de contenido demandante, procedían y que eran fruto de un cuadro psicopatológico de Teresa, que pasaba y se podía "etiquetar" por una conducta bipolar, psicótica, maniforme, -lo que no era cierto-".

En la parte reflexiva de su informe el doctor Cayetano

razona: "E) Se ha interpuesto sistemáticamente reclamaciones solicitando atención psicológica, a lo que no se obtuvo respuesta alguna.

Cuando debió de ser el abordaje terapéutico, y no el farmacológico, que no precisaba, sobre todo los antipsicóticos. Como se demuestra, que cuando fue atendida psicológicamente, -a nivel privado- mejoró ostensiblemente su cuadro psicopatológico.

F) 10 de diciembre de 2019 se produce ingreso hospitalario involuntario, por una agravación de su cuadro psicopatológico, motivado por el cumulo de errores en el abordaje de la paciente.

.../...

Ni en la anamnesis, y en los test proyectivos, observamos en el momento actual, patología psiquiátrica evidenciable, y para nada como fue la primera vez que acudió a urgencias psiquiátricas, que la etiquetaron de: Trastorno bipolar, basado en un comportamiento, megalomaniaco.

Un mes después, la ven de nuevo en psiquiatría, y en esta ocasión la diagnostican de psicótica, concretamente de "Psicosis sin especificar". Patología, que tampoco ha sido evidenciada en nuestra exploración".

Como se observa, tanto los informes clínicos del Hospital de Getafe como el informe del perito designado por la recurrente se refieren al estado de la misma en el año 2020 y 2023, pero no al periodo de tiempo en que doña Teresa recibió el tratamiento psiquiátrico que se cuestiona en este proceso.

Por eso, consideramos que la tesis de la demanda vulnera la doctrina jurisprudencial sobre la prohibición de regreso lógico desde acontecimientos posteriores desconocidos en el momento de la actuación desencadenante del daño, declarada en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 y 15 de febrero de 2006, 7 de mayo de 2007, 10 de junio de 2008, 29 de enero de 2010, y 20 de mayo y 1 de junio de 2011, y conforme a la que en sede de responsabilidad patrimonial por defectuosa asistencia sanitaria no es factible cuestionar si hubo el error o retraso diagnóstico o inadecuación del tratamiento si el reproche se realiza exclusiva o primordialmente fundándose en la evolución posterior del paciente y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen las leyes del razonamiento práctico, ya que la valoración ha de efectuarse según los síntomas y los signos existentes en el momento de la valoración y de los medios diagnósticos y terapéuticos entonces disponibles, no siendo válido incurrir en la prohibición del regreso a partir del diagnóstico final. Se añade a lo anterior que el informe del perito designado por la recurrente no examina ni valora las historias clínicas obrantes en el expediente administrativo desde la óptica de la praxis sanitaria, por lo que sus afirmaciones sobre el particular son apodícticas. Es más, en sus aclaraciones escritas el doctor Cayetano refiere que la fuente básica de su informe son

las referencias de la paciente y, en lo que ahora interesa, su valoración de error en el diagnóstico y en el tratamiento lo argumenta el perito señalando que " Es un criterio mío personal, ya que entiendo, no acertaron con el diagnóstico".

Eso implica absoluto voluntarismo y falta de motivación, tanto del informe como de la aclaración, que los priva de toda fuerza de convicción.

Por el contrario, el informe de la Médico Inspectora sí ha examinado y valorado imparcial, objetivamente y en detalle todos los informes clínicos, cuya cronología ha presentado, señalando lo infundado de las 140 reclamaciones y quejas de la paciente, y sosteniendo que, a lo largo de los años, doña Teresa ha sido muy correctamente atendida tanto por los facultativos del Centro de Salud Mental como del Servicio de Psiquiatría del Hospital de Fuenlabrada, incluso adelantado citas, asistiéndola fuera de hora en muchas ocasiones, y siempre escuchándola, pese a su manifiesta hostilidad, con comprensión, paciencia, facilidades de atención, y sin imponerle tratamientos, pero expresando su necesidad. Las mismas conclusiones se alcanzan en el dictamen y aclaraciones escritas del doctor Edemiro, muy motivados ambos: No existe prueba alguna que acredite el error diagnóstico ni la incorrecta indicación de los tratamientos psicoterapéuticos y psicofarmacológicos ambulatorios y en su caso, hospitalarios, a lo largo de la evolución de doña Teresa, cuya falta de adherencia a ellos no cabe imputar a los sanitarios, sino a la injustificada falta de confianza de la paciente en sus terapeutas, sobre todo, en los periodos clínicos en que padecía ideas delirantes de perjuicio. Así, contrariamente a lo que se afirma en la demanda, en el diagnóstico y en el tratamiento de la recurrente ningún servicio sanitario ha actuado con negligencia ni mala praxis, incluido su internamiento involuntario-del que nada se comenta en la demanda sobre la existencia y resultado del preceptivo control judicial con intervención del Médico Forense-.

Tampoco se ha justificado penuria en los medios empleados-muy al contrario, se ha acreditado el abuso de los servicios sanitarios por parte de la paciente-ni que la enfermedad hubiera empeorado en aquellos casos en que no rechazó los tratamientos que se le pautaron, como tampoco existe el menor elemento probatorio que respalde la pérdida de la oportunidad terapéutica que se reprocha en la demanda.

DÉCIMO.-Se alega en dicho escrito que se ha vulnerado el derecho de doña Teresa a la libre elección de

facultativo, por cuanto que, habiendo solicitado al doctor don Luis Antonio, se le asignó la doctora doña Montserrat, añadiendo que ese hecho ha perjudicado su tratamiento y evolución porque, en casos de pacientes con alteraciones psicológicas es imprescindible que exista confianza en la relación médico-paciente, y se estaba en el caso de que esa relación se había deteriorado de tal manera que devenía inútil, cuando no directamente contraproducente.

El doctor Cayetano señala en su dictamen: "Derecho a la libre elección de médico,-solicito al Dr. Luis Antonio, y fue asignada a la Dra. Montserrat-, lo que la ha perjudicado tanto por el tratamiento, como en la evolución de su psicopatología, ya que no había una relación médico-paciente fluida y que la fuese beneficiosa".

Sin embargo, se ignora si cuando la demandante solicitó ser asistida por el doctor Luis Antonio, éste tenía agenda de consulta abierta o disponible. Ninguna información ofrece la demandante al respecto, por lo que no puede darse por cierta la vulneración a la libre elección de facultativo en los términos que solicitó la interesada.

De otra parte, en el informe de la Inspección Sanitaria aparece: " Cita 21/03/2018 última anamnesis con la psiquiatra, después solicita cambio de médico y se vulnera su derecho de libre elección. Se confunde entre las dos doctoras " Montserrat" y piensa que no le han cambiado de psiquiatra".

Por lo tanto, se le cambió de facultativo en la medida de las posibilidades del centro.

Además, del expediente administrativo se deriva la conclusión de que se respetó el derecho a la libre elección de facultativo en otros centros sanitarios de la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid. A título de ejemplo, señalamos:

En el citado escrito de 23 de abril de 2019, el Director Gerente del Hospital Universitario de Fuenlabrada se refiere la reunión celebrada entre la Jefe de Servicio de Salud Mental del CSM y la interesada, en la que, tras el análisis de las reclamaciones, se le propuso la libre elección de centro médico, que la reclamante rechazó.

El informe de la Jefa de Servicio de distrito del CSM de Fuenlabrada, de fecha 8 de agosto de 2019 recoge que a la paciente se le explicó su derecho a solicitar una libre elección en otro centro, ante la negativa a recibir tratamiento en ese centro, en el que se le dio de alta.

En escrito del Director- Gerente del CSM Leganés, lamenta las molestias por derivación a ese centro e informa a la interesada de que, " siguiendo sus instrucciones, no volverán a llamarle salvo que ella lo decidiese, ejerciendo su derecho a libre elección de especialista".

Por lo tanto, en la medida de las posibilidades de agenda, se atendió la solicitud de doña Teresa de cambio de terapeuta, y en varias ocasiones se le ofreció la posibilidad de cambiar de centro, por lo que no procede acoger el motivo de impugnación.

UNDÉCIMO. - A la recurrente tampoco le asiste la razón en el motivo de impugnación relativo a la vulneración del principio de minimización de datos, alegando que en las historias clínicas se ha incluido el dato de su cargo y de su centro de trabajo, carentes de relevancia clínica en relación su diagnóstico, tratamiento y evolución.

Añade que, tras reiteradas denuncias, los datos se han eliminado, salvo la referencia en la Historia Clínica del Hospital de Fuenlabrada a su trabajo en el Conservatorio de Palencia, cuya cancelación solicitó el 5 de enero de 2018, habiéndosele denegado, lo que le produce un desasosiego importante.

Y que el escrito de 23 de abril de 2019, donde consta el diagnóstico de doña Teresa, aparece firmado por el Director Gerente del hospital, que no formaba parte del equipo terapéutico, por lo que debería haberse abstenido de incluir en dicho escrito el diagnóstico sin utilizar abreviaturas que preservaran los datos clínicos.

Como se ha declarado en un fundamento jurídico anterior, para que surja la responsabilidad patrimonial no solo se precisa una acción u omisión administrativa sino también que se haya producido un daño real y antijurídico, y que exista relación causal entre ambos. Pues bien, en la demanda no se explica qué daño han producido a doña Teresa la inclusión en las historias clínicas de aquellos datos que han sido eliminados a su instancia. En cuanto a la falta de eliminación del dato de su trabajo en el Conservatorio de Palencia cuya cancelación solicitó en 2018 y a que se ha hecho referencia- la recurrente había pedido: " no quiero que figure Palencia. Mejor poner Conservatorio fuera de la Comunidad de Madrid "-, sólo se aduce que la denegación de la supresión le causa a la recurrente un desasosiego importante, pero no se explica por qué razón. Tampoco la explica el informe del doctor Cayetano, que se limita a afirmar:

"B) Historia Clínica en donde se incluyen, su centro de trabajo, -aparece el 5/01/2018 que tiene un empleo en el Conservatorio de Palencia, (facilitar este dato, no tiene beneficio ni criterio clínico que lo haga necesario), -y que debió ser eliminado por la ansiedad que la produjo a Teresa-".

Sin embargo, el doctor Edemiro no es de esa misma opinión, al señalar en su dictamen que:

".7 CON RESPECTO A LA MINIMIZACIÓN DE DATOS

En la Sinapsis de Psiquiatría de Kaplan, referencia en el ámbito de Psiquiatría, se plantea que en la entrevista clínica se debe de incluir lugar de trabajo. La relevancia o no de incluir que trabaja en Castilla y León en un conservatorio, es una cuestión que el clínico debe de valorar si es de relevancia para la intervención terapéutica o no, a la hora de incluirlo en la Historia Clínica.

No constituye una falta a la lex artis...."

Por esas razones, tampoco en este caso existen elementos de juicio que permitan sostener que se ha producido un daño real.

A salvo lo anterior, en la contestación del Director Gerente del Hospital Universitario de Fuenlabrada a esa petición, se le indicó a la demandante la posibilidad de dirigir una reclamación a la Agencia de Protección de Datos.

Según el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: "1.- El derecho de supresión se ejercerá de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679".

Sin embargo, no consta que la recurrente haya iniciado ningún procedimiento sobre vulneración de la normativa de protección de datos. Finalmente, la Sala no aprecia vulneración del principio de minimización de datos en el aludido escrito del Director Gerente del Hospital de Fuenlabrada de 23 de abril de 2019, porque fue una respuesta que se dio a la demandante en contestación a diversas reclamaciones. Tampoco esta vez se ha explicado que daño se le ha producido a doña Teresa en un escrito dirigido a ella.

DUODÉCIMO. - El motivo de impugnación que sostiene la vulneración de la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente por haberse retrasado, durante años la en-

trega, del certificado médico solicitado por doña Teresa tampoco puede prosperar.

El doctor Cayetano sostiene que "El Certificado médico solicitado, no se entrega nunca y se pide desde 2014 a 2019 con el consiguiente perjuicio ocasionado, en su 'relación laboral, ya que lo necesitaba para poder trabajar en la administración pública-, que le era imprescindible, ya que era una documentación requerida para completar su expediente administrativo".

Sin embargo, el informe de la Médica Inspectora recoge, además de que se hicieron certificados en 2013 y 2017, que la solicitante quería que se le certificaran determinados contenidos que debían ser valorados por los facultativos y no por la peticionaria.

Por su parte, el perito doctor Edemiro especifica los siguientes datos:

- "Con fecha de abril de 2014 se plantea que solicita "informe médico como que está apta para puesto laboral, indico como dicho certificado debe ser realizado por Salud Mental".

- "Refiere que su médico de familia se niega a hacer el certificado y delega la responsabilidad a salud mental para que haga informe y valore hacer el certificado (1/4/2014)".

- "En el siguiente, el psicólogo plantea que se mantiene con rigidez las ideas de perjuicio hacia los terapeutas y por solicitar un certificado que diga que soy capaz de trabajar y por amenazas de su pareja (14/12/2016)".

En el caso de autos no se ha vulnerado el derecho de la recurrente a que se le faciliten los certificados médicos acreditativos de su estado de salud, porque no se está ante un supuesto de negativa injustificada a dar un certificado o un informe médico, sino en un caso en que la apaciente quiere determinar quién ha de expedirlos y qué contenido deben tener, a lo que se añade que no se acredita qué daño profesional se le ha causado a doña Teresa.

Así las cosas, consideramos adecuado el razonamiento recogido en la resolución de 22 de junio de 2022 que, acogiendo el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid de 18 de mayo de 2022, argumenta: "Sostiene también la reclamante que se le ha denegado un certificado médico. A este respecto, los artículos 20 y 22 de la citada Ley de

Autonomía del Paciente recogen el derecho a que se le dé al paciente un informe de alta y a que se le faciliten certificados médicos acreditativos de su estado de salud. Muestra del cumplimiento de esas previsiones legales, la propia reclamación acompaña diversos informes médicos y un certificado expedido por un facultativo del SERMAS, ello nos lleva a no apreciar que haya habido negativa injustificada a dar certificado o informe médico, sin dejar de recordar que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos y que el contenido de los certificados e informes debe ser valorado por el facultativo, no por el solicitante. En todo caso, no se concreta ni se atisba daño alguno en una hipotética falta de emisión de esos documentos, en tanto que, para el ejercicio de la profesión de profesor de música que desempeña la reclamante, no es exigible certificado médico alguno y, en caso de ser preciso para una reincorporación tras una baja laboral, ello se hará con el alta expedida por el médico de familia o el facultativo del INSS".

DÉCIMO TERCERO.- En la demanda se acusa que los servicios sanitarios han vulnerado reiteradamente el derecho de información de doña Teresa por una doble razón, la primera de las cuales es que, en plurales citas médicas no se ha informado a la paciente en relación al certificado médico oficial que ha solicitado.

Sin perjuicio de que esa concreta información tiene carácter administrativo, y no clínico, por lo que no es función de los facultativos facilitársela a la paciente, ya hemos referido en el precedente fundamento jurídico a los problemas que la propia recurrente planteaba a la Administración Sanitaria al querer imponer tanto el centro que había de expedir el certificado, como el contenido del mismo. La segunda razón por la que se imputa defecto de información es que, en otras citas, no se le ha informado a doña Teresa sobre el diagnóstico y el pronóstico, alternativas del tratamiento y riesgos, alegación que no se acredita a la vista de que el diagnóstico aparece en los informes clínicos, mientras que los otros datos son propios del contenido de los consentimientos informados, y no se ha alegado que la recurrente hubiera solicitado verbalmente esa información en las visitas ni que los facultativos se hubieran negado a dársela, a lo que se añade que el cuestionamiento por la paciente de los tratamientos pautados es un indicio de que en todo momento fue informada por sus terapeutas.

Finalmente se imputa vulneración de la "lex artis" por falta de consentimiento informado para la administración de los medicamentos antipsicóticos que le prescri-

bieron, argumentando que son tratamientos de riesgo que puede producir graves problemas físicos y neurológicos, sobre todo dados sus antecedentes familiares de afectación Parkinsoniana y la incompatibilidad con su profesión habitual.

La cuestión no ha sido examinada en el informe de la Inspección Sanitaria.

El informe del perito designado por la parte actora, don Cayetano, se limita a consignar: " Falta de consentimiento informado, con la indicación de los posibles efectos secundarios, ya que en su familia hay antecedentes de Parkinson, y su trabajo es la música".

Y en las contestaciones escritas dadas por dicho perito a la pregunta de " donde consta que sea necesario un documento de consentimiento informado sobre la patología psiquiátrica", contestó: " En ningún sitio, pero si es deseable se haga"

Pero esa afirmación del doctor Cayetano es apodíctica, carente de toda motivación o explicación, y no puede ser considerada porque el perito ni siquiera ha insinuado que los tratamientos farmacológicos supusieran "riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente".

Por el contrario, el dictamen del perito don Edemiro ha concluido: "6. No se considera necesario el consentimiento informado para la dispensación de medicación antipsicótica".

7. La frecuencia de efectos secundarios extrapiramidales (parkinsonianos) de los últimos fármacos pautados (olanzapina, aripiprazol y quetiapina) son muy bajos y los beneficios clínicos recogidos en la historia clínica superan los efectos secundarios a nivel motor que pudieran tener. Se podría recomendar un ajuste de dosis a la baja en caso de mala tolerancia. Tampoco existe relación aparente con que un familiar suyo haya tenido temblor en reposo".

Y tales conclusiones sí se han motivado en el dictamen de manera exhaustiva, al explicar primeramente con carácter general:

"4.1 CONSENTIMIENTO INFORMADO, MEDICACIÓN ANTIPSICÓTICA Y PARKINSONISMOS

En primer lugar, se debe tener una consideración con el marco legal del Consentimiento Informado, de acuerdo con artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de no-

viembre , básica reguladora de la autonomía del paciente.

Artículo 8. Consentimiento informado.

.../...

La frecuencia con la que la medicación antipsicótica genera efectos parkinsonianos varía dependiendo del tipo de antipsicótico y de la dosis utilizada. Algunos antipsicóticos son más propensos a causar efectos secundarios de tipo parkinsoniano que otros.

En general, los antipsicóticos de primera generación o "típicos" tienen una mayor incidencia de efectos secundarios parkinsonianos en comparación con los antipsicóticos de segunda generación o "atípicos".

Los síntomas parkinsonianos asociados con los antipsicóticos incluyen:

- Temblores
- Rigidez muscular
- Bradicinesia (movimientos lentos)
- Trastornos posturales.

La frecuencia de los efectos secundarios parkinsonianos varía de un individuo a otro y puede depender de factores como la edad, la dosis del medicamento y la duración del tratamiento. A continuación, se toma el siguiente esquema de uno de los artículos de referencia del estudio de los antipsicóticos, siendo un metaanálisis de prácticamente todos ellos, pero principalmente de todos los que se utilizan en la práctica clínica diaria.

.../...

En dicha tabla, aparece en primer lugar Clozapina (utilizado principalmente en psicosis refractarias al tratamiento y que requiere de seguimiento analítico habitual), Sertindole (no comercializado en España por efectos secundarios) y a continuación le siguen: Olanzapina, Quetiapina y Aripiprazol.

Dichos fármacos, según se plantea en el análisis tienen efectos extrapiramidales similares al placebo. También se incluye una tabla comparativa tomadas de las Guías de Prescripción Maudsley (Guía de referencia para la prescripción en Psiquiatría): .../...

En el caso de olanzapina, quetiapina y aripiprazol, la frecuencia de parkinsonismos es muy baja. Además, también es muy baja la aparición de efectos cognitivos (anticolinérgicos) en el caso del Aripiprazol y baja en

Olanzapina y Quetiapina. Cabe destacar que el aripiprazol, tiene un mecanismo de acción a nivel cerebral consistente en un agonismo parcial dopaminérgico, que se caracteriza porque el efecto de un agonista parcial dopaminérgico depende de la cantidad de dopamina que esté disponible en el cerebro en ese momento:

- Si la cantidad de dopamina es baja, el agonista parcial actúa como un agonista completo, estimulando los receptores de dopamina y produciendo una respuesta.

- Si la cantidad de dopamina es alta, el agonista parcial actúa como un antagonista, bloqueando la acción de la dopamina en los receptores.

Es por lo expuesto que, la prescripción de fármacos antipsicóticos está sujeta a la revisión por parte del usuario del prospecto y no es obligación del médico, menos aún de efectos raros o infrecuentes. Es el prospecto un medio para conocer de manera detallada y exhaustiva los riesgos del fármaco que ingiere.

Y al razonar más adelante que:

"5.6 NO SE CONSIDERA NECESARIO CONSENTIMIENTO INFORMADO ESCRITO PARA MEDICACIÓN ANTIPSICÓTICA

Tal y como se plantea en la parte doctrinal, el consentimiento informado será verbal por regla general y sólo será escrito si:

- Intervención quirúrgica
- Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores.
- Aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa.

En el caso en cuestión, no se cumplen ninguno de los criterios expuestos.

Cabe destacar que alude antecedentes familiares de parkinsonismo/temblor en reposo. Es una entidad clínica que es de un familiar. **La periciada no sufre de parkinsonismos con enfermedad neurológica y es por ello que la prescripción no está contraindicada.** Además, existen numerosos documentos en los que se realiza Anamnesis con antecedentes y **Doña Teresa no declara haber tenido dicho antecedente.** Incluso después de haber presentado dicha documentación (enero 2019), se le realiza una evaluación por Servicio de Prevención Laboral el 8 de julio de 2019 y no refiere antecedentes familiares de dicha patología. Este perito entiende, que

a la hora de haberle realizado las diversas anamnesis que han tenido lugar, se habrá preguntado por sus antecedentes médicos personales o familiares.

Lo más frecuente y habitual es que, en caso de aparecer parkinsonismos farmacológicos o efectos extrapiramidales estos desaparezcan tras retirar la medicación.

Ha recibido 4 antipsicóticos durante su tratamiento clínico en el Sistema Sanitario de Madrid:

- Risperidona en el año 2010, efectos extrapiramidales poco frecuentes.

- Quetiapina en el año 2011 y 2012, efectos extrapiramidales muy poco frecuentes, similares al placebo según metaanálisis (Leucht, 2013).

- Aripiprazol en el año 2017, 2018 y 2019, efectos extrapiramidales muy poco frecuentes, similares al placebo según metaanálisis (Leucht, 2013).

- Olanzapina en el año 2021, efectos extrapiramidales muy poco frecuentes, similares al placebo según metaanálisis (Leucht, 2013).

Además, en el caso del Aripiprazol se recoge a lo largo de toda la historia clínica la buena respuesta que tiene ante la toma de dicha medicación, aunque la abandona por percibir supuestos efectos secundarios.

En dichas situaciones, una alternativa terapéutica es disminuir la dosis.

Por último, destacar que Quetiapina, Aripiprazol y Olanzapina, son los tres antipsicóticos de uso frecuente con menos efectos extrapiramidales. En un documento, también refiere **pérdida de creatividad en su desempeño laboral.** En el caso del aripiprazol, al tratarse de un agonista parcial dopaminérgico, el efecto podría ser incluso el de subir la dopamina si estuviese baja. Es, por tanto, que la afirmación que realiza no es aplicable al tratamiento en concreto con aripiprazol.

Además, según se recoge en historia clínica, a lo largo de 2019 tocaba el piano dando conciertos, infiriendo que no habrá existido por tanto daños por parte de los antipsicóticos prescritos.

En resumen, la prescripción antipsicótica se refleja en la historia clínica como una intervención adecuada que genera mejoría en los síntomas psicóticos cuando se ha

pautado y cuando aparecen, sin efectos secundarios parkinsonianos (leve inquietud de aripiprazol que cede con benzodicepinas, que no es un efecto parkinsoniano). Impresiona de que el rechazo al tratamiento se basa en unas convicciones que la literatura científica no plantea, si bien la respuesta clínica a cada fármaco se debe de individualizar".

Por último, se ha de señalar que, en sus contestaciones escritas a las preguntas formuladas por la parte actora, el doctor Edemiro ratifica todo lo anterior, al contestar: No se ha recogido consentimiento informado, pero según lo evaluado en el Dictamen Pericial, no se considera necesario".

Por consiguiente, este último motivo de impugnación también ha de rechazarse, concluyéndose de todo lo hasta ahora expuesto que, al no haberse desvirtuado en este proceso los fundamentos de la resolución administrativa impugnada, no es procedente estimar el presente recurso contencioso administrativo.

DÉCIMO CUARTO. - El artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece en su primer párrafo:

"En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho".

En el presente caso deben la recurrente hacerse cargo del pago de las costas procesales causadas en esta instancia, hasta el límite de 3.000 euros en total y por todos los conceptos.

Por todo lo expuesto, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por doña Teresa contra la resolución dictada en fecha de 22 de junio de 2022 por el Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de la Comunidad de Madrid, desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial a que este proceso se refiere, condenado a la recurrente al pago de las costas procesales causadas en esta instancia, hasta el límite de 3.000 euros en total y por todos los conceptos.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 4982-0000-93-0708-22 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 4982-0000-93-0708-22 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

DAÑO DESPROPORCIONADO

Transfusión de sangre sin consentimiento que causa reacción anafiláctica y óbito

ADS. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (TSJEX) califica de daño desproporcionado el luctuoso desenlace de una paciente como consecuencia de la transfusión sanguínea pautada por la anemia ferropénica severa que sufría.

La infracción de dos protocolos, el de informar al paciente de los riesgos alternativos y obtener su consentimiento, y el de tratamiento-dosis, conservación y almacenamiento de la sangre-, junto al resultado desproporcionado del daño causado, deciden la responsabilidad del *Servicio Extremeño de Salud* y su aseguradora, *Mapfre*.

EL TSJEX confirma las indemnizaciones asignadas, de 155.000 euros, 100.000 a favor del esposo, 15.000 a uno de los hijos y 40.000 al otro, en concepto de responsabilidad patrimonial por la deficiente atención prestada a la esposa y madre en las instalaciones sanitarias dependientes del Servicio Extremeño de Salud.

Según los hechos recogidos por la sentencia, la paciente acude por sus propios medios a la consulta a las 23,24 horas del día 29 de marzo de 2016 y tras realizarle analítica se aprecia anemia ferropénica severa en rango transfusional, por lo que se solicitan dos bolsas de concentrados de hematíes sobre las 4,52 horas de la madrugada del día 30 de marzo, y se reseñó prioridad: urgente, se realiza la primera transfusión a las 10:00 horas y finaliza a las 11,27. A continuación se inicia la transfusión del segundo concentrado y sobre las 12,30 horas la paciente sufre una **reacción anafiláctica seguida de parada cardiorespiratoria**, aunque los sanitarios efectuaron todo lo necesario para evitar el luctuoso final falleciendo a las 14,30 horas. El **protocolo** de Actuación del Servicio de Hematología del Hospital San Pedro de Alcántara y tal y como figura en el informe de la

Inspección, explica que la transfusión sanguínea es un **procedimiento terapéutico que implica riesgos** y de ahí que el médico debe sopesar tales riesgos con los beneficios, y deberá informar al paciente de los riesgos y posibilidades alternativas terapéuticas con la finalidad de obtener un **consentimiento** del mismo o de la persona responsable en caso de incapacidad. Sólo se exceptúan situaciones de urgencia con riesgo de muerte o de lesiones irreversibles, o cuando el paciente no lo pueda entender en cuyo caso se hará con un familiar o representante legal.

No consta en el expediente que la paciente estuviera incapacitada para ser informada sobre las posibles consecuencias de la transfusión.

Estima el juez que, según el **protocolo** de actuación, en las transfusiones se empleará la dosis mínima y antes de prescribir nuevas dosis, deberá haberse evaluado la necesidad del segundo, por si resultase innecesario, algo que tampoco se hizo.

También se cuestiona el almacenamiento de las bolsas de sangre y las condiciones de almacenamiento y transporte, habida cuenta que transcurrieron 6 horas aproximadamente entre el envío de las bolsas y la transfusión, no constando medidas de conservación verificada, algo que el juzgador achaca a la demandada, estimando que a estos efectos debe invertirse la carga de la prueba.

"Ciertamente nos encontramos con un caso de extrema gravedad (...). Existe una **infracción de la lex artis por la omisión del consentimiento y a mayores se podría aplicar la doctrina del daño desproporcionado**. Existente un **resultado desproporcionado**, totalmente inesperado y no contradicho o explicado coherentemente por el demandado, siendo que concurra además relación causal lo que deriva en una inversión de la carga de la prueba", afirma el TSJEX.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 207 / Sept. 2013. Daño desproporcionado: condena por omisión de terapia contra trombosis.

ADS nº 293 / Jun. 2021. Indemnización en vía administrativa por error transfusional con hemoderivado.

ADS nº 257 / Marzo 2018. Cronificación del VCH transfusional: no mantiene abierto el plazo para reclamar.

ADS nº 292 / Mayo 2021. Falta de prueba por la Administración del daño desproporcionado en anestesia.

ADS nº 287 / Dic. 2020. Daño desproporcionado / CI defectuoso y daño estético en cirugía de mama.

ADS nº 285 / Oct. 2020. Daño desproporcionado en anestesia: infracción de lex artis y consentimiento

STSJ, Contencioso sección 1 del 18 de diciembre de 2023 (ROJ: STSJ EXT 1290/2023 - ECLI:ES:TSJEXT:2023:1290)

Id. CENDOJ: 10037330012023100595

Órgano: Tribunal Superior de Justicia.

Sala de lo Contencioso Sede: Cáceres Sección: 1

Sentencia: 596/2023 Recurso: 146/2023

Fecha de Resolución: 18/12/2023

Procedimiento: Recurso de apelación

Ponente: ELENA CONCEPCION MENDEZ CANSECO

Tipo de Resolución: Sentencia

Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE EXTREMADURA

SENTENCIA NÚMERO 596/2023

Ilmos. Señores:

PRESIDENTE

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS

DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON CASIANO ROJAS POZO

DOÑA CARMEN BRAVO DÍAZ

En Cáceres, a dieciocho de diciembre de dos mil veintitrés.

Visto el recurso de apelación número AP 146/2023, promovido por la parte Apelante el SERVICIO EXTREMEÑO DE SALUD y como partes Apeladas DON Conrado, DON Cornelio, DON David, representados por la Procuradora doña Cristina Catalán Durán, y MAPFRE ESPAÑA, S.A., representada por el Procurador don Luís Miguel Álvarez Cuadrado, recurso interpuesto contra la sentencia nº 135/2023, de fecha 12 de abril de 2023, dictada por el Juzgado nº 1 de Mérida, en sus autos de Ordinario nº 1781/2021, que estima parcialmente el recurso interpuesto por D Conrado, D. Cornelio y D. David Resolución de fecha 8 de octubre de 20121, dictada por el SES que desestima de la reclamación por daños y perjuicios derivados de la responsabilidad patrimonial pre-

sentada contra el SES por la deficiente atención prestada a la esposa y madre en las instalaciones sanitarias dependientes del Servicio Extremeño de Salud.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Mérida, se remitió a esta Sala el procedimiento ordinario número 1781/2021, al haberse dictado la Sentencia, estimatoria parcialmente de las pretensiones de la parte actora.

SEGUNDO.- Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes se interpuso recurso de apelación por la parte demandada de la Administración, dando traslado a las representación de las demás partes, oponiéndose la representación de la parte actora, y perdido el trámite de Mapfre España S.A..

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a la Sala se formó rollo de apelación, se tuvo personadas a las partes comparecientes, señalándose día para la votación y fallo del presente recurso, llevándose a efecto en el fijado.

CUARTO.- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.-

Siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada doña Elena Concepción Méndez Canseco, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se somete a nuestra consideración la sentencia nº 135/2023, de fecha 12 de abril de 2023, dictada por el Juzgado nº 1 de Mérida, en sus autos de Ordinario nº 1781/2021, que estima parcialmente el recurso interpuesto por D Conrado, D. Cornelio y D. David Resolución de fecha 8 de octubre de 20121, dictada por el SES que desestima de la reclamación por daños y perjuicios derivados de la responsabilidad patrimonial presentada contra el SES por la deficiente atención prestada a la esposa y madre en las instalaciones sanitarias dependientes del Servicio Extremeño de Salud.

La sentencia dictada estimó parcialmente el recurso y fijó una cantidad de 155.000 euros, , 100.000 a favor del esposo, 15.000 a Cornelio y 40.000 a David euros en concepto de indemnización. La Administración apela la sentencia solicitando con carácter principal que se declare ajustado a derecho el acto recurrido, y subsi-

diariamente que se modere el quantum indemnizatorio en atención a las circunstancias concurrentes, en un cantidad mejor ajustada a derecho.

La actora se opuso al recurso de apelación e instó la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- El juzgador consideró concurrente una responsabilidad patrimonial en cuanto a que se cumplió con la *lex artis* en cuanto al consentimiento informado habida cuenta que no se daba la circunstancia de existir un riesgo inmediato grave para la integridad física de la paciente y que no haya sido posible obtener su autorización. En un hecho indubitado que no se ofreció información a la paciente para que prestase su consentimiento.

Se entiende por información y, por lo tanto, se reconoce la existencia del derecho a su acceso, el cual debe garantizar el médico responsable del paciente y los profesionales que le atiendan en el proceso asistencial, le apliquen una técnica o un procedimiento concreto:

- la información asistencial, que ha de figurar en la historia clínica (como vehículo de constancia ya que la información se suministrará verbalmente) y la información clínica

- la información epidemiológica.

La información debe ser previa a cualquier actuación en el ámbito de la sanidad que requiera el consentimiento de los pacientes (L 41/2002 art.2.2), para poder valorar con ella las opciones propias del caso (L 41/2002 art.8.1), con ciertas excepciones.

El titular de la información asistencial es el paciente y, si éste lo dispone de manera expresa o tácita, las personas a él vinculadas por razones familiares o de hecho.

En el caso de paciente con incapacidad, se le informará igualmente junto con su representante. Si el paciente que carece de capacidad para entender la información, a juicio del médico que le asiste, se transmite a las personas a él vinculadas por razones familiares o de hecho. La validez de la información suministrada al representante para la obtención del consentimiento informado ha sido admitida sin dudas por la jurisprudencia (TS 4-4-00,).

El derecho a la información asistencial puede limitarse en caso de estado de necesidad terapéutica. Se entiende por necesidad terapéutica la facultad del mé-

dico para actuar profesionalmente sin informar al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave.

La limitación del derecho a la información asistencial como consecuencia de la existencia de estado de necesidad terapéutica que afecta a un paciente exige al médico:

- dejar constancia motivada del mismo en la historia clínica;

- comunicar su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

El principio de autonomía personal, exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud (TS 4-4-00,), resulta inherente a su dignidad personal e implícito en el derecho constitucional del libre desarrollo de su personalidad como fundamento del orden político y de la paz social (Const art.10).

En el caso que nos ocupa, la paciente acude por sus propios médicos a la consulta a las 23,24 del día 29 de marzo de 2016 y en la misma tras realizarle analítica se le aprecia anemia ferropénica severa en rango transfusional, por lo que se solicitan dos bolsas de concentrados de hematíes sobre las 4,52 horas de la madrugada del día 30 de marzo, y se le reseñó prioridad: urgente, Se realiza la primera transfusión a las 10 horas y finaliza a las 11,27. A continuación se inicia la transfusión del segundo concentrado y sobre las 12,30 horas la paciente sufre una Reacción Anafiláctica seguida de parada cardiorespiratoria, aunque los sanitarios efectuaron todo lo necesario para evitar el luctuoso final falleciendo a las 14,30 horas.

El protocolo de Actuación del Servicio de Hematología del Hospital San Pedro de Alcántara y tal y como figura en el informe de la Inspección, explica que la transfusión sanguínea es un procedimiento terapéutico que implica riesgos y de ahí que el médico debe sopesar tales riesgos con los beneficios, y deberá informar al paciente de los riesgos y posibilidades alternativas terapéuticas con la finalidad de obtener un consentimiento del mismo o de la persona responsable en caso de incapacidad. Sólo se exceptúan situaciones de urgencia

con riesgo de muerte o de lesiones irreversibles, o cuando el paciente no lo pueda entender en cuyo caso se hará con un familiar o representante legal.

No conta en el expediente que la paciente estuviera incapacitada para ser informada sobre las posibles consecuencias de la transfusión, y por lo tanto ni ella ni sus familiares que le acompañaban, recibieron la misma en ningún momento por lo cual nunca pudieron prestar consentimiento de ninguna clase.

TERCERO.- también estima el juez que según el protocolo de actuación que obra en el procedimiento, en las transfusiones se empleará la dosis mínima y antes de prescribir nuevas dosis, deberá haberse evaluado la necesidad del segundo, por si resultase innecesario, algo que tampoco se hizo. también se cuestiona el almacenamiento de las bolsas de sangre y las condiciones de almacenamiento y transporte, habida cuenta que transcurrieron 6 horas aproximadamente entre el envío de las bolsas y la transfusión, no constando medidas de conservación verificada algo que el juzgador achaca a la demandada, estimando que a estos efectos debe invertirse la carga de la prueba.

Ciertamente nos encontramos con un caso de extrema gravedad, en el que una persona, que la única dolencia que presenta es anemia, y que, en horas, se le trasfunde sangre, sin informarla previamente de la posible reacción anafiláctica, y que en cuestión de poco más de dos horas fallece.

Existe una infracción de la *lex artis* por la omisión del consentimiento y a mayores se podría aplicar la doctrina del daño desproporcionado. Existente un resultado desproporcionado, totalmente inesperado y no contradicho o explicado coherentemente por el demandado, siendo que concurre además relación causal lo que deriva en una inversión de la carga de la prueba.

Siguiendo la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2016 referida a la doctrina del daño desproporcionado o resultado clamoroso puede decirse que implica un resultado dañoso que excede de lo previsible y normal con un efecto dañoso inasumible por su desproporción, un resultado inesperado e inexplicado en atención a la evolución de la enfermedad o dolencia y esta quiebra de lo normal, de lo esperable y por lo desproporcionado del efecto dañoso se presume que el daño es causado por una quiebra de la *lex artis* por parte de la Administración sanitaria, presunción que puede destruirse si se prueba que la causa está fuera de su ámbito de actua-

ción, es decir, responde a una causa de fuerza mayor.

Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad a la Administración sanitaria en estos casos en que el resultado no es coherente con el tratamiento pautado por el principio de facilidad y proximidad probatoria la Administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño y de no asumir esa carga, la imprevisibilidad o la anormalidad del daño causado atendiendo a la intervención médica es lo que hace que sea antijurídico, sin que pueda alegarse un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado.

Como puede verse, de lo expuesto se deduce una presunción *iuris tantum* de infracción de la *lex artis*, desplazando a la Administración sanitaria el *onus probandi* de que su actuación ha sido *secundum artis legem*.

Y respecto del quantum indemnizatorio, la apelante la considera desproporcionada en atención a los daños, no discutiendo en concreto la fijación de intereses, y esta Sala estamos de acuerdo con la fundamentación de la sentencia que se remite a la jurisprudencia en similares casos.

Por lo expuesto haciendo nuestros los fundamentos de la sentencia apelada, desestimamos el presente recurso y consideramos que la sentencia es ajustada a derecho.

CUARTO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, se imponen las costas a la parte apelante.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, por la potestad que nos confiere la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la defensa del SERVICIO EXTREMEÑO DE SALUD contra la Sentencia nº 135/2023 de 12 de abril del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Mérida y en su virtud la confirmamos en su integridad condenando a la apelante al pago de las costas procesales, causadas en esta segunda instancia. Contra la presente sentencia sólo cabe recurso de casación ante

la Sala Tercera del Tribunal Supremo. El recurso de casación se preparará ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura en el plazo de treinta días contados desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia.

La presente sentencia sólo será recurrible ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

El escrito de preparación deberá reunir los requisitos previstos en los artículos 88 y 89 LJCA y en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, según la reforma efectuada por LO 1/2009, de 3 de noviembre, deberá consignarse el depósito de 50 euros para recurrir en casación. Si no se consigna dicho depósito el recurso no se admitirá a trámite.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio junto con los autos, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó. Doy fe.

REGLA 'PRORRATA TEMPORIS'

Carrera / Los años de servicio con jornada parcial no se computan a tiempo completo

ADS. Cuando no existe regla de cómputo de prestación de servicios en las bases de una convocatoria de carrera profesional de una Administración sanitaria rige la norma de proporcionalidad o de ponderación del tiempo efectivamente trabajado.

Este es el criterio que sigue el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León al estimar el recurso de la Administración autonómica contra una sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Burgos que se había pronunciado en favor de la demandante, trabajadora del Servicio de Salud de Castilla y León (*Sacyl*).

El Juzgado interpretó que el cómputo de los servicios debía ser a tiempo completo al no constar en las bases de la convocatoria regla de cálculo (en contraposición a las bases de otras Comunidades, donde sí se expresa que los servicios prestados a tiempo parcial se computarán proporcionalmente".

La Administración sostiene en su recurso que si los servicios prestados ascienden a 5 años, 4 meses y 8 días, en proporción a los efectivamente trabajados a tiempo parcial, resultarían 3 años, 3 meses y 14,34 días y no se cumpliría con dicho requisito la antigüedad de cinco años en la misma categoría desde la que se pretendía acceder a la modalidad correspondiente de la carrera profesional.

La demandante aportó un certificado en el que constaba que a partir del 1 de julio de 2021 el porcentaje de la jornada fue del 100%, mientras que en los dos años previos el porcentaje fue del 20% al 50%.

La circunstancia de prestación a tiempo parcial determina su cómputo *prorrata temporis*, en correspondencia con la jornada efectivamente realizada, lo que impide tener por cumplido el requisito de

cinco años de ejercicio profesional exigidos en la convocatoria, según la tesis de la Administración.

La norma que rige la convocatoria establece un mismo periodo de prestación de servicios para el acceso al Grado I, pero no criterios de cómputo a efectos de diferenciación entre el personal que presta servicios a tiempo completo frente a los que lo hacen a tiempo parcial.

La recurrente prestó servicios en ocasiones con jornadas de tan solo un 20%, en 2019, o un 26,67%, de mayo de 2020 a junio de 2021, "por lo que es evidente que los conocimientos y experiencia adquirida no pueden ser equivalentes en estos casos a cuando se trata de una jornada de trabajo del 100% y es esta experiencia adquirida lo que pretende compensar el grado de carrera profesional", dice la sentencia.

Sobre el criterio de ponderación de méritos, el TSJCyL cita el artículo 23 de la Constitución Española (derecho de acceso en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos) y sentencias del propio Tribunal autonómico relativas al personal de refuerzo, y recuerda que:

"(...) la prestación de servicios en jornadas inferiores a la jornada normal de trabajo no pueden computarse como efectiva durante dicho periodo, ya que en el presente caso lo que se pretende es que pese a que la recurrente ha prestado servicios a tiempo parcial, con jornadas de tan solo el 20% o de un 26,67%, según los años, dichos servicios se computen como jornadas de trabajo a tiempo completo, olvidando con ello la verdadera naturaleza de la carrera profesional".

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 308 / Nov. 2022. Carrera: computan todos los años previos a la fijeza como eventual y sustituto.

ADS nº 303 / Mayo 2022. TS / Carrera: computan todos los años como personal temporal previos a la fijeza.

ADS nº 292 / Mayo 2021. El exceso de jornada parcial en sanidad concertada se paga como ordinaria.

ADS nº 226 / Mayo 2025. Sergas / Los días de libre disposición computan como jornada efectiva.

STSJ, Contencioso, del 01 de diciembre de 2023
(ROJ: STSJ CL 4677/2023- ECLI:ES:TSJCL:2023:4677)

Id. CENDOJ: 09059330022023100271
 Órgano: Tribunal Superior de Justicia.
 Sala de lo Contencioso Sede: Burgos Sección: 2
 Sentencia: 268/2023 Recurso: 70/2023
 Fecha de Resolución: 01/12/2023
 Procedimiento: Recurso de apelación
 Ponente: MARIA BEGOÑA GONZALEZ GARCIA
 Tipo de Resolución: Sentencia
 Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
 DE CASTILLA Y LEÓN

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

BURGOS

PA 9/2023 DEL JUZGADO DE LO
 CONTENCIOSO Nº 2 DE BURGOS

Presidente. Ilmo. Sr. D. Eusebio Revilla Revilla

Ilmos. Sres.:

D. Eusebio Revilla Revilla

D^a. M. Begoña González García

D. Alejandro Valentín Sastre

Ponente D^a. M. Begoña González García

En la Ciudad de Burgos a uno de diciembre de 2023.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Burgos, siendo Ponente la Sra. González García, ha visto en grado de apelación, el Rollo de Apelación N.º 70/2023 interpuesto contra la sentencia N.º 188/2023 de 17 de julio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N.º 2 de Burgos, en el recurso contencioso- administrativo seguido como Procedimiento Abreviado N.º 9/2023, habiendo sido partes en esta instancia, como apelante, la Comunidad Autónoma de Castilla y León, representada y defendida por el Letrado de la Comunidad en virtud de la representación que por ley ostenta, y como parte apelada, D^a Maribel representada asistida del Letrado Don José Ángel Saiz Rubio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo N.º 2 de Burgos, en el proceso indicado PA 9/2023

dictó sentencia con fecha 17 de julio de 2023 cuya parte dispositiva resuelve:

"Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por DOÑA Maribel contra desestimación presunta de recurso de reposición contra Resolución de 26 de septiembre de 2022, del Director Gerente de 1a Gerencia Regional de Salud, por la que se aprueba el listado definitivo de admitidos, excluidos y desistidos en el procedimiento ordinario para el reconocimiento individual de Grado I, Grado II, Grado III y Grado IV de carrera profesional correspondiente al año 2021, y anular dicha resolución acordando la inclusión en la lista definitiva de admitidos de DOÑA Maribel.

Sin imposición de costas."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución, por la representación procesal de la Administración demandada en la instancia, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos dándose traslado de este a la parte recurrente, habiendo sido impugnado con el resultado que obra en autos.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, una vez transcurrido el término de emplazamiento y plazo para personaciones, se señaló para Votación y Fallo del presente Rollo de Apelación el día treinta de noviembre de dos mil veintitrés en que tuvo lugar.

CUARTO.- En la tramitación del recurso en ambas instancias se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a. M.ª Begoña González García Magistrado integrante de la Sala y Sección, quien expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Sentencia recurrida y argumentos jurídicos de la misma.

Es objeto del presente recurso jurisdiccional, la sentencia N.º 188/2023, de 17 de julio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N.º 2 de Burgos, en el recurso contencioso-administrativo seguido por el Procedimiento Abreviado N.º 9/2023, por la que se estimaba el recurso interpuesto por Doña Maribel interpuesto contra la desestimación presunta del recurso de reposición formulado contra la Resolución de 26 de septiembre de 2022 del Director Gerente de la Geren-

cia Regional de Salud, por la que se había aprobado el listado definitivo de admitidos, excluidos y desistidos, en el procedimiento ordinario para el reconocimiento individual de Grado I, Grado II, Grado III y Grado IV de carrera profesional correspondiente al año 2021 y anulando dicha resolución se acordaba la inclusión de la recurrente en la lista definitiva de admitidos.

Y la sentencia apelada estima al recurso, en base a los siguientes argumentos jurídicos, tras recoger el contenido de las bases de la convocatoria, Resolución de 29 de diciembre de 2021 de la Gerencia Regional de Salud y el contenido del artículo 6.2 c) del Decreto 43/2009:

La norma que rige la convocatoria, en coherencia con esa previsión legal, establece un mismo periodo de prestación de servicios para el acceso al Grado I, pero en ninguna de los dos regulaciones se establecen criterios de cómputo a efectos de diferenciación entre el personal que ha prestado servicios a tiempo completo frente a los que han prestado dichos servicios a tiempo parcial.

La parte demandada alega que precisamente la carrera profesional va referida a un complemento por la experiencia en el trabajo y que, por ello, debe entenderse que el plazo de 5 años de prestación de servicios lo es a jornada completa.

Lo cierto es que se trata de una limitación al reconocimiento de un derecho que no se encuentra expresamente recogido ni en el Decreto 43/2009 de 2 de julio ni en la Resolución de 29 de diciembre de 2021 de la Gerencia Regional de Salud convocando el proceso ordinario y abriendo el plazo para la presentación de solicitudes a la Carrera Profesional se establece la limitación aducida.

En contraposición, en otras convocatorias como la del acceso a la carrera profesional del personal estatutario de otras Comunidades Autónomas como la de Cataluña, en el II Acuerdo de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad de 19 de julio de 2006, sobre las condiciones de trabajo del personal estatutario del Instituto Catalán de Salud se establece en el apartado 6.1.2, nº 3 se recoge que "Los servicios prestados a tiempo parcial se computarán proporcionalmente."

Se observa por ende que sí que se delimita con carácter concreto que el trabajo a tiempo parcial se compute de manera proporcional. Esta previsión normativa no ha sido recogida en la convocatoria objeto de litigio y como tal no puede establecerse una limitación no ex-

presamente marcada, máxime frente al reconocimiento de un derecho que no afecta negativamente a los derechos de otros miembros del personal.

SEGUNDO.- Argumentos del recurso de apelación y su oposición.

Frente a dicha sentencia, se alza la Administración demandada, ahora apelante, alegando los siguientes motivos impugnatorios de aquélla:

Que resulta acreditado a través de los certificados de servicios prestados obrantes en el expediente y de los propios documentos aportados por la recurrente que, a la fecha de efectos de la convocatoria, la misma no alcanzaba la antigüedad exigida de cinco años de ejercicio profesional en la misma categoría desde la que se pretendía acceder a la modalidad correspondiente de la carrera profesional, ya que se evidencian periodos de prestación de servicios a tiempo parcial, circunstancia que determina su cómputo prorrateo temporis, en correspondencia con la jornada efectivamente realizada, lo que le impide tener por cumplido el requisito de 5 años de ejercicio profesional exigidos en la convocatoria.

Ya que la parte actora entiende que se debe computar el tiempo trabajado como total y no de forma proporcional al tiempo de trabajo efectivo, pero frente a ello y lo que ha concluido la sentencia apelada, se invoca la sentencia de esta Sala nº 138 de 28 de mayo, que resuelve una discrepancia sobre el cómputo de los servicios de refuerzo prestados a efectos del reconocimiento de Grado de la Carrera Profesional, ya que dado a lo que responde dicho reconocimiento de grado conforme la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2018 dictada en el recurso de casación 3723/2017, así como lo que establece el artículo 40.2 de la Ley 55/2003 respecto de la carrera profesional, se considera que en el presente caso la recurrente ha realizado prestación de servicios en ocasiones, con jornadas de tan solo un 20%, en 2019 o un 26,67%, de mayo de 2020 a junio de 2021, por lo que es evidente que los conocimientos y experiencia adquirida no pueden ser equivalentes en estos casos a cuando se trata de una jornada de trabajo del 100% y es esta experiencia adquirida lo que pretende compensar el grado de carrera profesional.

Se invoca al efecto la sentencia del TSJ de Castilla y León, sede Valladolid, dictada en el recurso nº 2680/2015, de 20 de noviembre, así como la Orden SAN/236/2004, de 23 de febrero, sobre la cobertura de plazas de carácter temporal, que establece en el artí-

culo 7.2 A) 4 que, por cada 160 horas se le reconocerán 30 días de servicios prestados o la parte proporcional que corresponda.

Por lo que existe jurisprudencia con pronunciamientos favorables al reconocimiento del tiempo real de prestación del trabajo, en supuestos de concurso de méritos, en los que la interpretación debería ser incluso más restrictiva por afectar derechos de terceros al estar ante situaciones de concurrencia competitiva, por lo que se termina solicitando la estimación del recurso de apelación.

TERCERO.- Argumentos de la oposición a la apelación.

Dichos argumentos del recurso de apelación son rebatidos por la parte recurrente, ahora apelante, quien sostiene la conformidad a derecho de la sentencia apelada, dado que como ha concluido la misma, el Decreto 43/2009 no establece limitación del cómputo proporcional en relación con la prestación de servicios a tiempo parcial, por lo que ha de presumirse que el legislador no ha tenido voluntad de realizar dicha limitación.

Ya que dicho Decreto 49/2022 que desarrolla la carrera profesional horizontal de los empleados públicos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, que excluye al personal estatutario que presta servicios en centros e instituciones sanitarias del Servicio de Castilla y León, no ha establecido dichas limitaciones, manteniendo de forma indubitada el cómputo de acceso a la carrera profesional no está directamente vinculado al trabajo efectivamente realizado.

Y que, de mantenerse el criterio seguido por la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, se estaría consagrando una evidente discriminación del personal estatutario al que le es de aplicación el decreto 43/2009 frente a otros empleados públicos de la administración autonómica.

Además de que la Administración no puede ir en contra de lo reconocido previamente, frustrando las expectativas creadas, ya se emitió el Certificado de Servicios Prestados, sin hacer diferenciación alguna sobre si durante ese tiempo se prestaron servicios a tiempo parcial, por lo que se estaría vulnerando el principio de actos propios.

Porque la prestación de servicios durante un tiempo determinado es solo un requisito para poder acceder al proceso de reconocimiento, pero la experiencia en sí no es un concepto evaluable para la concesión o no de

la carrera profesional. Como resulta de la exposición de motivos del Decreto 13/2009 que establece como principios rectores de la carrera profesional y en su artículo 7 la evaluación de los méritos del personal estatutario sanitario, por lo que las sentencias invocadas por la Administración demandada, si resultan aplicables a las situaciones en que la experiencia en sentido estricto resulta determinante para el reconocimiento de un derecho, pero en este caso el ejercicio de la actividad durante un determinado periodo de tiempo, lo es a meros efectos de cumplir con los requisitos para acceder al proceso de reconocimiento de la Carrera Profesional a través de la evaluación de unos méritos que en nada tienen que ver con la efectiva experiencia en los cinco años anteriores.

CUARTO.- Sobre el cómputo de los servicios prestados a los efectos del reconocimiento de Grado de la Carrera Profesional.

Y como resulta de los términos en que aparece planteado el presente recurso de apelación, la cuestión fundamental estriba en determinar si para el reconocimiento del grado de la carrera profesional se ha de estar al tiempo efectivo de prestación de servicios en atención al tipo de contrato del solicitante o se ha de atender únicamente al tiempo de dicha contratación, con independencia de que sea un contrato de trabajo a tiempo parcial o de jornada completa o de refuerzo, como era en el supuesto que fue examinado por esta Sala en el recurso de apelación 16/2023 que ha sido invocado la Administración, ahora apelante, por lo que como ocurría en dicho recurso, el fondo de la cuestión planteada consiste en determinar si los servicios prestados por la recurrente, en un contrato de servicios a tiempo parcial han de computarse de forma proporcional al tiempo de trabajo efectivo y no al tiempo de su contratación, es decir, si los servicios prestados ascienden a 5 años, 4 meses y 8 días, como sostenía la recurrente o como mantiene la Administración, en proporción a los servicios efectivamente prestados a tiempo parcial, por lo que resultarían 3 años, 3 meses y 14,34 días y no se cumpliría con dicho requisito de antigüedad.

Ambas partes coinciden en considerar que la normativa aplicable es el artículo 6.2 letra c) del Decreto 43/2009, de 2 de julio, por el que se regula la carrera profesional del personal estatutario de los centros e instituciones sanitarias del Servicio de Salud de Castilla y León, que establece como requisitos al efecto:

c) Acreditar el número de años de ejercicio profesio-

nal, a fecha de cada convocatoria, como personal estatutario en centros e instituciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud establecidos en cada una de las modalidades de carrera para obtener el primer grado, así como los establecidos para acceder a los grados superiores, de acuerdo con la siguiente escala:

i. Para obtener el grado I será necesario acreditar 5 años de ejercicio profesional como personal estatutario en el Sistema Nacional de Salud, en la misma categoría profesional desde la que se pretenda acceder a la modalidad correspondiente de carrera profesional.

ii. La evaluación para acceder al grado II podrá solicitarse transcurridos 5 años desde la precedente evaluación positiva, tomándose como fecha de inicio del cómputo del plazo, la de la resolución de reconocimiento correspondiente.

iii. La evaluación para acceder al grado III podrá solicitarse transcurridos 6 años desde la precedente evaluación positiva, tomándose como fecha de inicio del cómputo del plazo, la de la resolución de reconocimiento correspondiente.

Por lo que de dicho precepto aparece que en el mismo solo se exige acreditar un número determinado de años, pero no establece como se computa el periodo cuando el tiempo trabajado es inferior a una jornada ordinaria o cuando se trabaja por días o como en este caso a tiempo parcial lo que impide considerar todo el periodo de contratación como de ejercicio profesional, esta falta de previsión normativa, lleva a la sentencia de instancia a concluir considerando que debe tenerse en cuenta el tiempo de servicios, tal y como se postulaba en la demanda, ya que al no establecerse regulación del cómputo de los servicios prestados a tiempo parcial de forma proporcional, se entiende cumplido el requisito de las Bases de la Convocatoria.

Frente a ello la Administración apelante además de remitirse al criterio jurisprudencial expuesto en nuestra sentencia de 26 de mayo de 2023, invoca lo que ha de considerarse como carrera profesional y los requisitos para el reconocimiento del Grado.

Y como se razonaba en nuestra sentencia dictada en el recurso de apelación 16/2023, que procedemos a transcribir dado que en la misma se afirmaba que:

Y es cierto, llegados a este punto, que debemos recordar a que responde el reconocimiento de grado en la carrera profesional y cuál es el fundamento de la ca-

rrera profesional, para ello, cabe citar, como hace también la Administración apelante, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2018 dictada en el recurso de casación 3723/2017, de la que fue Ponente Don Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, que recordaba la normativa básica de la regulación de la carrera profesional, en los siguientes términos:

La Ley 16/2003, de cohesión y calidad en el sistema nacional de salud, en sus artículos 40 (desarrollo profesional) y 41 que define la carrera profesional del siguiente modo:" 1. La carrera profesional es el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, investigación y cumplimiento de los objetivos de la organización en la cual prestan sus servicios. 2. El estatuto marco previsto en el art. 84 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, contendrá la normativa básica aplicable al personal del Sistema Nacional de Salud, que será desarrollada por las comunidades autónomas.";

2º) la Ley 44/2003, de ordenación de las profesiones sanitarias, que en su artículo 37 (normas generales sobre desarrollo profesional y su reconocimiento) prescribe lo siguiente: "1. Se constituye el sistema de reconocimiento del desarrollo profesional de los profesionales sanitarios a que se refieren los arts. 6 y 7 de esta ley, consistente en el reconocimiento público, expreso y de forma individualizada, del desarrollo alcanzado por un profesional sanitario en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, así como en cuanto al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización en la que prestan sus servicios. 2. Sin perjuicio de las facultades y funciones para las que habilite el correspondiente título oficial, el reconocimiento del desarrollo profesional será público y con atribución expresa del grado alcanzado por cada profesional en el ejercicio del conjunto de funciones que le son propias. 3. Podrán acceder voluntariamente al sistema de desarrollo profesional los profesionales que estén establecidos o presten sus servicios dentro del territorio del Estado", regulando el artículo 38 unos principios generales sobre el desarrollo profesional y el artículo 39 la homologación del reconocimiento de ese desarrollo;

3º) el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que en su artículo 40 establece los criterios generales de la carrera profesional en los siguientes tér-

minos: "1. Las comunidades autónomas, previa negociación en las mesas correspondientes, establecerán, para el personal estatutario de sus servicios de salud, mecanismos de carrera profesional de acuerdo con lo establecido con carácter general en las normas aplicables al personal del resto de sus servicios públicos, de forma tal que se posibilite el derecho a la promoción de este personal conjuntamente con la mejor gestión de las instituciones sanitarias. 2. La carrera profesional supondrá el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios. 3. La Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud establecerá los principios y criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional de los diferentes servicios de salud, a fin de garantizar el reconocimiento mutuo de los grados de la carrera, sus efectos profesionales y la libre circulación de dichos profesionales en el conjunto del Sistema Nacional de Salud. 4. Los criterios generales del sistema de desarrollo profesional recogidos en la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias se acomodarán y adaptarán a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del servicio de salud o de cada uno de sus centros, sin detrimento de los derechos ya establecidos. Su repercusión en la carrera profesional se negociará en las mesas correspondientes", y en su artículo 80.2.h) que sanciona como materia objeto de negociación el sistema de carrera profesional.

4º) el artículo 16 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, dispone que "1. Los funcionarios de carrera tendrán derecho a la promoción profesional. 2. La carrera profesional es el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad....", y en luego establece que "3. A) Carrera profesional horizontal consiste en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo y de conformidad con lo establecido en la letra b) del artículo 17 y en el apartado 3 del artículo 20 de este Estatuto".

Para ello, según estas remisiones normativas, (i) se deberán valorar "la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y apti-

tudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida"-artículo 17.b-; y, (iii) "Las Administraciones Públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el artículo 24 del presente Estatuto"-artículo 20.3-.

Por otro lado, sobre el reconocimiento del cómputo de la prestación de servicios efectivamente prestados, si bien a efectos de la puntuación de méritos en la fase de concurso, se ha pronunciado nuestra Sala homónima de Valladolid de este mismo TSJ Castilla y León en su sentencia de 20 de noviembre de 2015, nº 2680/2015, dictada en el recurso 1300/2014, en la que se argumenta al efecto de la ponderación de servicios prestados en unidades de tiempo inferior al mes:

La precedente conclusión se refuerza si se tienen en cuenta las siguientes consideraciones:

-Se trata de la determinación del mérito completo de los aspirantes (conforme al artículo 23 de la Constitución Española y para ello ha de estarse a la totalidad de los servicios prestados, pues con la prestación de servicios en unidades de tiempo de duración inferior al mes resulta obvio que se está adquiriendo una experiencia que ha de ser considerada como objeto de ponderación.

-Ha de tenerse en cuenta que la propia práctica de prestación de servicios ante supuestos de vacantes, a veces imprevistas, exige la realización de dichas prestaciones de servicios, en sustitución de titulares, de muy corta duración, a veces de días, no pudiendo afirmarse que tales prestaciones no son aptas para su valoración, lo que además es desmentido por la práctica en otros supuestos análogos en que efectivamente se procede al cómputo de tales servicios.

-La ponderación de los servicios prestados en proporción al tiempo real de duración se ha aplicado en otras sentencias, como es en relación al cómputo en jornadas inferiores a la normal, en las que dicho cómputo se efectúa en proporción a las horas de jornada efectivamente prestadas. Así se efectuaba en la sentencia de 27 de marzo de 2014, recurso 1574/2010, en la cual se decía que se "pondera la experiencia adquirida en atención al tiempo real de prestación de servicios a la Administración, de modo que si resulta que dicho tiempo es menor lógicamente la experiencia habrá de ser asimismo de inferior entidad, que por lo tanto deberá pon-

derarse correlativamente en la proporción que corresponda". En la misma forma deberá efectuarse ante servicios discontinuos en el tiempo por períodos que individualmente considerados sean inferiores al mes de duración.

-En la práctica, la propia Administración en otros supuestos computa los servicios prestados en refuerzos en función de las horas efectivamente trabajadas para el personal de refuerzo, pudiendo citarse la Orden SAN/236/2004, de 23 de febrero sobre la cobertura de plazas de carácter temporal, en la que se establece, en su artículo 7.2-A).4, que por cada 160 horas se le reconocerán 30 días de servicios prestados o la parte proporcional que corresponda. Obviamente todos estos servicios han de ser objeto de valoración en procesos selectivos como el que nos ocupa.

Y de la misma Sala de Valladolid, ya en la sentencia de 27 de marzo de 2014, nº 645/2014, dictada en el recurso 1574/2010, se concluía, también en un proceso selectivo, que:

La aplicación de las precedentes consideraciones al supuesto ahora enjuiciado habrá de llevar, también ahora y de forma análoga a lo que ocurrió en la sentencia del P.O. 1563/2010 ya mencionada, a desestimar la pretensión deducida en el escrito rector del presente proceso, ya que y como también se señalaba en la misma es obvio que la base recurrida pondera la experiencia adquirida en atención al tiempo real de prestación de servicios a la Administración, de modo que si resulta que dicho tiempo es menor lógicamente la experiencia habrá de ser asimismo de inferior entidad, que por lo tanto deberá ponderarse correlativamente en la proporción que corresponda.

Todo ello sin que, y por otra parte, pueda entenderse vulnerado el principio de igualdad, que también se alega, ya que como es sobradamente conocido para su aplicación se requiere la existencia de identidad en los supuestos objeto de comparación; no pudiendo reputarse que en esta hipótesis exista dicha vulneración aun cuando pueda llegar a producirse alguna consecuencia perturbadora en función de la concreta sustitución conseguida según el orden de preferencia, ya que y en cualquier caso a los efectos de valorar la experiencia necesariamente habrá de atenderse al tiempo real de prestación del trabajo, que cuando se trata de servicios prestados a tiempo parcial, como es el caso, habrá de serlo, como la propia base impugnada establece, " en función del tiempo trabajado ", no pudiendo por tanto servir como criterio idóneo de comparación el relativo

a la valoración de los servicios que no se prestan bajo ese concreto régimen de sustitución- como serían los de la persona que es sustituida-, que evidentemente habrán de puntuarse de forma diferente y atendiendo al tiempo "real trabajado".

Por lo que si ambas sentencias se pronunciaban con carácter favorable al reconocimiento del tiempo real de prestación del trabajo, en supuestos de concursos, en los que la interpretación debería ser incluso más restrictiva por afectar derechos de terceros al estar ante situaciones de concurrencia, en este caso donde nos encontramos en el ámbito de la carrera profesional que se configura como un derecho del empleado público ligado a un conjunto de oportunidades de ascenso y de expectativas de progreso profesional, en el que en el caso de dudas sobre el computo del tiempo de servicios prestados permite aplicar el principio de analogía o más favorable para el empleado público, siempre que no se vulnere el contenido de las bases y en este caso ambas partes coinciden en afirmar que no se establece una regla de cómputo, ya que solo se habla de años trabajados,....

Por ello si en la citada sentencia hemos concluido respecto del reconocimiento del Grado de la Carrera Profesional que ha de estarse al tiempo de prestación de servicios efectivos y no al cómputo mayor en aquel caso se trataba de un personal de refuerzo que pretendía computar mayor tiempo de servicios en atención a las horas de refuerzo realizadas, igual conclusión ha de acogerse en el presente caso, en que la prestación de servicios efectivos en jornadas inferiores a la jornada normal de trabajo no pueden computarse como prestación efectiva de servicios durante dicho periodo, ya que en el presente caso lo que se pretende es que pese a que la recurrente ha prestado servicios a tiempo parcial, con jornadas de tan solo el 20% o de un 26,67%, según los años, dichos servicios se computen como jornadas de trabajo a tiempo completo, olvidando con ello la verdadera naturaleza de la carrera profesional, ya que no podemos compartir a la vista de la regulación expuesta, lo que afirma la recurrente en su escrito de oposición de la apelación de que resulte de forma indubitada que el computo de acceso a la carrera profesional no está directamente vinculado al trabajo efectivamente realizado, ello no es así ni de la regulación expuesta, ni de la jurisprudencia, ni de la verdadera naturaleza del reconocimiento de la carrera profesional, ya que el grado de la carrera profesional pretende el reconocimiento público, expreso y de forma individualizada, del desarrollo alcanzado por un profesional sanitario en cuanto a conocimientos, experiencia en las

tareas asistenciales, docentes y de investigación, así como en cuanto al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización en la que prestan sus servicios y evidentemente dicha experiencia y cumplimiento de objetivos, no puede ser el mismo tratándose de un trabajo a tiempo parcial de una cuarta parte de la jornada normal de trabajo.

Y sin que con ello se incurra en ninguna discriminación con los empleados públicos a los que se refiere el Decreto 49/2022, ya que dicho Decreto da cumplimiento a la Ley 7/2019 de 19 de marzo que a su vez establece la diferenciación de la carrera profesional para el personal funcionario, para el laboral y para el personal de la gerencia regional de Salud, remitiéndose a los términos previstos en la normativa de aplicación para cada uno de los grupos, ya que una cosa es un vínculo temporal o indefinido con las Administraciones públicas y otro el tipo de jornada que realice dicho empleado, por ello en base a los mismos argumentos la discriminación se produciría respecto del empleado que pese a prestar sus servicios en una jornada de trabajo ordinaria o con refuerzo no ve compensado el reconocimiento de grado hasta cumplir los años correspondientes, mientras que en este caso por el mero hecho de la duración de la contratación, pese al tipo de jornada a tiempo parcial si se vería reconocido dicho grado.

Ya que si claramente, en contra de lo que indica la apelada, la carrera profesional se vincula al desempeño de las funciones propias de la categoría profesional, el personal laboral a tiempo parcial no desempeña dichas funciones durante el mismo tiempo que el personal con jornada completa, otra cosa es que tratándose de nombramientos no pueda existir diferencia cuando se trata del desempeño del mismo trabajo y durante la misma jornada, por lo que no puede el hecho de que por el tipo de nombramiento pueda quedar excluido el empleado público del acceso a la carrera profesional, dado que su nombramiento le permite ejercer las funciones propias de la categoría profesional a la que pertenece, en idénticos términos que el funcionario de carrera, pero no se trata en este caso de estos supuestos, si no la comparativa entre servicios prestados a tiempo parcial con los prestados en una jornada a tiempo completo y por tanto se trata de computar los servicios efectivos realizados por el empleado público.

Y sin que dichas conclusiones contravengan tampoco el principio de vinculación a los actos propios, ya que, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª de 4 mayo 2005, de la que fue Ponente Don Octavio Juan Herrero Pina, dicho principio es predicable res-

pecto de los actos que se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo una situación jurídica con eficacia en sí mismos para producir, igualmente, un efecto jurídico. De manera que es la finalidad del acto, su eficacia y validez jurídica las que determinan la vinculación de su autor a las consecuencias derivadas del mismo y generan la confianza ajena, pero en este caso la certificación de servicios prestados aportada como documento 3 de la demanda, acontecimiento 5 del procedimiento de origen no puede considerarse en modo alguno que se trate de un acto que se realice con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo una situación jurídica con eficacia en sí mismos para producir, igualmente, un efecto jurídico, ya que se limita a poner de relieve que la recurrente ha prestado servicios de del 21 de mayo de 2019 al 31 de marzo de 2022, siendo así que solo a partir del 1 de julio de 2021 el porcentaje de la jornada es del 100%, mientras que en los dos años previos el porcentaje fue del 20% al 50%, por lo que no existe dicha vulneración al principio de buena fe como se invoca por la apelada.

Ya que como esta Sala ha tenido ocasión de indicar, entre otras en la Sentencia de esta Sala y Sección, de 26 de junio de 2023, ponente Ilma. Dña. Concepción García Vicario, en el recurso de apelación nº 17/2023, en cuanto al grado de la carrera profesional y en contra de lo que se sostiene en el escrito de oposición a la apelación, la prestación de servicios no es solo un requisito, sino que lo verdaderamente relevante es la experiencia profesional y el progreso alcanzado en las competencias definidas para cada categoría profesional durante el tiempo de prestación de servicios, procediendo en consecuencia la estimación del recurso de apelación y con revocación de la sentencia apelada, declarar la conformidad a derecho la actuación administrativa impugnada consistente en la desestimación presunta del recurso interpuesto contra la Resolución de 26 de septiembre de 2022, del Director Gerente de 1a Gerencia Regional de Salud, por la que se aprueba el listado definitivo de admitidos, excluidos y desistidos en el procedimiento ordinario para el reconocimiento individual de Grado I, Grado II, Grado III y Grado IV de carrera profesional correspondiente al año 2021.

ÚLTIMO.- Costas procesales.

Dada la estimación del recurso de apelación de conformidad con lo previsto en el art. 139.2 de la LJCA, no procede hacer expresa imposición de costas procesales a ninguna de las partes.

Vistos los artículos citados y demás de general y per-

tinente aplicación la , la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, dicta el siguiente:

F A L L O

Estimar el recurso de apelación registrado con el N.º 70/2023 interpuesto por la Junta de Castilla y León, contra la sentencia N.º 188/2023 de 17 de julio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N.º 2 de Burgos, en el recurso contencioso- administrativo seguido como Procedimiento Abreviado N.º 9/2023, sentencia cuya revocación procede, debiendo dictar otra en su lugar por la que desestimándose el recurso interpuesto por Doña Maribel, contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 26 de septiembre de 2022, del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud, se declara dicha actuación conforme a derecho y todo ello sin expresa imposición de las costas causadas en la presente instancia a ninguna de las partes.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de conformidad con lo previsto en el art. 86.1 y 3 de la LJCA y siempre y cuando el recurso, como señala el art. 88.2 y 3 de dicha Ley, presente interés casacional objetivo para la formación de Jurisprudencia; mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los treinta días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el art. 89.2 de la LJCA.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase el expediente administrativo al Órgano de procedencia con certificación de esta resolución para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

SERVICIO EXTREMEÑO DE SALUD

La prórroga del servicio activo no obliga al liberado sindical a realizar actividad asistencial

ADS. El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura anula las disposiciones del Plan de Ordenación de Recursos Humanos, de una instrucción y de una resolución del Servicio Extremeño de Salud (SES) que obliga a los liberados sindicales a realizar actividad asistencial en caso de que soliciten prórroga en el servicio entre los 65 y los 70 años.

Su sentencia estima el recurso del Sindicato Médico de Extremadura y declara que tal exigencia vulnera el derecho fundamental de libertad sindical (artículo 28 CE) porque aunque se encuentren en prórroga son trabajadores a todos los efectos y no pueden ser discriminados por su actividad sindical.

Los liberados sindicales cobran los mismos complementos que el resto de trabajadores del SES pese a no tener actividad asistencial como guardias, productividad, etc.

El TSJEX suscribe la tesis del sindicato recurrente, que considera que no se vulneran principios de eficiencia por mantener derechos sindicales de trabajadores, sino que se trata de una obligación legal y constitucionalmente establecida, debiéndose tener en cuenta que, en caso de no desempeñar tales puestos determinados trabajadores, lo desempeñarán otros y en la misma proporción, y que no se les puede hacer renunciar a ostentar la plenitud de sus derechos sindicales como el crédito horario u otros, por lo que entiende que las normas impugnadas no son conformes a Derecho.

La Administración defiende que la prórroga en el servicio activo no es un derecho del trabajador, sino una potestad de la Administración que está vinculada a la capacidad funcional del funcionario y debe ser autorizada si existen necesidades de la organización. El Tribunal acude a la doctrina del Tribunal Constitucional (TC 44/2004, de 23 de marzo) que

expresa que "dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el artículo 28.1 CE se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa".

Se trata de una 'garantía de indemnidad' que veda cualquier diferencia de trato en razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores o sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 242 / Nov. 2016. Anulación jubilación forzosa de liberado sindical: garantía de indemnidad.

ADS nº 311 / Feb. 2023. Anulan modificación unilateral de condiciones para prolongar la jubilación.

STSJ, Contencioso, 15 de diciembre de 2023
(ROJ: STSJ EXT 1275/2023- ECLI:ES:TSJEXT:2023:1275)
Id. CENDOJ: 10037330012023100588
Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Extremadura
Sala de lo Contencioso
Sede: Cáceres Sección: 1 Sentencia: 588/2023
Recurso: 159/2023 Fecha de Resolución: 15/12/2023
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: MERCENARIO VILLALBA LAVA
Tipo de Resolución: Sentencia
Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE EXTREMADURA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CACERES

SENTENCIA: 00588/2023

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los Ilmo. Sres. Magistrados del margen, en nombre de SM el Rey ha dictado la siguiente:

PRESIDENTE. D. DANIEL RUIZ BALLESTEROS
MAGISTRADOS
D^a ELENA MÉNDEZ CANSECO
D. MERCENARIO VILLALBA LAVA

D. RAIMUNDO PRADO BERNABEU
D. CASIANO ROJAS POZO
D^a CARMEN BRAVO DÍAZ

En Cáceres, a quince de diciembre de dos mil veintitrés.

Visto el recurso de Apelación nº 159/202 , interpuesto por el Procurador Sr. RIVERA PINNA, en nombre y representación de del SINDICATO MEDICO DE EXTREMADURA, contra la sentencia de fecha 18 de septiembre de 2023, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 15/2023, tramitado en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de Mérida, siendo parte apelada la JUNTA DE EXTREMADURA (SERVICO EXTREMEÑO DE SALUD), representada por Letrado de sus Servicios Jurídicos, sobre derecho de libertad sindical.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Mérida se remitió a esta Sala recurso contencioso-administrativo nº 15/2023, seguido a instancias del SINDICATO MEDICO DE EXTREMADURA, sobre derecho de libertad sindical . Procedimiento que concluyó por Sentencia del Juzgado de fecha 18 de septiembre de 2023.

SEGUNDO.- Notificada las anteriores resoluciones a las partes intervinientes se interpuso recurso de apelación por el SINDICATO MEDICO DE EXTREMADURA, dando traslado a la representación del Servicio Extremeño de Salud, aduciendo los motivos y fundamentos que tuvo por conveniente.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a la Sala se formó el presente rollo de apelación en el que se acordó admitir a trámite el mismo, que se declara concluso para sentencia, con citación de las partes.

CUARTO.- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado Especialista D. MERCENARIO VILLALBA LABA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de apelación, la sentencia 106/23 de 18 de septiembre del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Mérida, que desestima la demanda presentada por el Sindicato Médico de Extremadura contra el SES.

Son objeto de impugnación más específica, como se señala en la sentencia, el Pacto de 8 de febrero de 2023, en concreto el inciso que señala que la prórroga del profesional debe conllevar el desarrollo del trabajo asistencial, junto con las Instrucciones y resoluciones que lo desarrollan y merced al que los profesionales médicos que quieran prestar los servicios más allá de los 65 años debe circunscribirse a aquellos que voluntariamente y hasta la edad de los 70 años, como máximo, reuniendo la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión y ejercer las actividades correspondientes a su nombramiento, dicha prolongación se autorice por el Servicio de Salud correspondiente en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los Planes de Ordenación de Recursos Humanos y siempre y cuando lleve a cabo una actividad asistencial, razonando la sentencia de instancia que las Instrucciones administrativas en cuanto inciden en la esfera de los interesados son susceptibles de impugnación jurisdiccional, que la doctrina del Constitucional señala que ningún derecho fundamental es absoluto sino que debe coordinarse con el del resto, entendiendo que es conforme a Derecho que esta prórroga se encuentre sujeta al desempeño de funciones asistenciales, ya que se considera que no vulnera el artículo 28 de la Constitución Española, dado que la actuación administrativa está amparada por el artículo 103.1 de la Constitución Española, que determina que la Administración debe servir con objetividad los intereses generales, de acuerdo con los principios de eficacia y eficiencia y esta prórroga no es un derecho sino que es una excepción a la regla general de jubilación a los 65 años.

Los recurrentes al apelar destacan que, realmente, esta exigencia de prestación asistencial de los médicos que soliciten continuar a partir de los 65 años y hasta los 70 y desarrollen funciones sindicales no incide en la eficacia y eficiencia de la prestación del servicio, ya que se seguirá liberando a otros médicos, puesto que el número de delegados sindicales no cambia, tratándose de trabajadores en servicio activo, a los que se les debe aplicar la misma normativa que a cualquier trabajador, no pudiendo ser discriminados ni en positivo ni en negativo y los liberados sindicales cobran los mismos complementos a pesar no tener actividad asistencial como guardias, productividad, etcétera, afectando las resoluciones y actos impugnados al derecho de sufragio pasivo, ya que son obligados a renunciar necesariamente a su condición y actividad sindical como delegados sin-

dicales para poder prolongar su actividad en el servicio activo, de manera que a un empleado público, que tiene todos los derechos derivados de tal condición, sin embargo se le impide acceder a un cargo electivo como delegado sindical durante la prolongación del servicio activo, por cuanto que esa prolongación está anudada al desarrollo del trabajo sindical o dicho de otra manera, que conlleva la paradoja de que el delegado sindical durante la prolongación del servicio activo tenga reconocidos todos los derechos que le otorga el Estatuto Básico del Empleado Público y del Estatuto Marco de personal estatutario salvo ejercer libremente y sin limitaciones legales su derecho a la actividad y a la representatividad sindical, coartándose su libertad en el ejercicio y las funciones sindicales, a las que se ven obligados a renunciar, anulándosele el disfrute de los permisos necesarios para el desarrollo de las funciones sindicales y no respetando la voluntad de los trabajadores, que han elegido a sus representantes al obligar a este renunciar a su mandato para poder mantenerse en el servicio activo.

Destaca que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional esta libertad sindical debe ser objeto de una interpretación favorable a su ejercicio y efectividad y las normas deben interpretarse en este sentido, no pudiéndose establecerse más limitaciones a la libertad sindical que las impuestas por la propia Ley reguladora de la misma, que no concurren el caso, puesto que nos encontramos ante simples pactos, Instrucciones o resoluciones que son las impugnadas.

Se opondrá la Administración a la apelación señalando que no existe ninguna actividad administrativa que haya producido una lesión real, efectiva y actual de un derecho fundamental, incluyendo un informe del Ministerio que no había sido alegado y destacando que el recurso de apelación parte de un error, cual es considerar que la prórroga en el servicio activo, más allá de la edad de jubilación, es un derecho del trabajador cuando en realidad estamos en el ejercicio de una potestad de la Administración, que no está obligada a aceptar dicha prórroga sino que la respuesta a la Administración estará en función de las necesidades de organización de sus recursos humanos y de la prestación del servicio público, tratándose de una provisión de personal de carácter excepcional, al que la Administración puede acudir siempre que así lo haya previsto expresamente y tras haber regulado las condiciones para su aplicación, entendiendo que nos encontramos ante un recurso de apelación y la buena técnica consiste en alegar con relación a la sentencia de la instancia. SEGUNDO.- La primera cuestión que hemos de destacar y ha reiterado

esta Sala en muy diversas ocasiones es que el recurso de apelación que se prevé en la Ley 29/98 es un recurso ordinario, a diferencia del que se establecía con este nombre en la Ley de 1956 y por lo tanto la parte puede someter en la apelación cualquier aspecto mantenido en la instancia salvo la parte estimada, si bien la mejor técnica jurídica consiste en combatir los razonamientos de la instancia.

Aunque el artículo 28.1 CE proclama que "todos tienen derecho a sindicarse libremente", la LOLS matiza que ese "todos" ha de venir referido a los trabajadores en su conjunto, utilizando un concepto de trabajador en sentido amplio, en el que se incluye tanto al personal laboral vinculado por un contrato de trabajo como al personal funcionario o estatutario. Sin embargo la LOLS establece algunas precisiones con relación a ciertas categorías de trabajadores, en concreto a desempleados y pensionistas, con relación a los cuales se dispone que no pueden fundar sindicatos para la tutela de sus "intereses singulares", pero sí tienen derecho a afiliarse a las organizaciones sindicales existentes (artículo 3.1).

Dice la STC 74/1998, de 31 de marzo (Recurso de Amparo 397/1996):

"el derecho a la libertad sindical, garantizado por el art. 28.1 de la CE, que, conforme a la anterior doctrina de este Tribunal Constitucional, vedaría cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores; también prohíbe diferencias de trato entre afiliados y representantes sindicales por razón del sindicato en el que se integren o representen, pues son, en todo caso, las consecuencias negativas-por incentivación o disuasión-respecto a la libertad sindical del trabajador". La STC 173/2001, de 26 de julio (Recurso Amparo 4462/1996): "que un liberado o relevado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo. Lo anterior puede constituir un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales.

Obstáculo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino que puede proyectarse asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sin-

dicatos (art. 7 CE)". En este sentido, véanse entre otras STC 151/2006, de 22 de mayo (Recurso Amparo 1627/2002); STC 178/2008, de 22 de diciembre (Recurso Amparo 9111/2005); STC 257/2007, de 17 de diciembre (Recurso Amparo 4780/2005); STC 92/2005, de 18 de abril (Recurso Amparo 2156/2002 y 4720/2002); STC 265/2000, de 13 de noviembre (Recurso Amparo 546/1997); STC 173/2001, de 26 de julio (Recurso Amparo 4462/1996); STSJ País Vasco, de 27 de junio de 2006 (Recurso Suplicación 1079/2006); STSJ Aragón, de 17 de enero de 2000 (Recurso Suplicación 940/1999).

La STC 44/2004, de 23 de marzo dice que:

"Dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el artículo 28.1 CE se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. Se trata de una 'garantía de indemnidad' que veda cualquier diferencia de trato en razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores o sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores. En definitiva el derecho de libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical. En el artículo 28.1 se integra, pues, el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros".

A título de ejemplo, los Tribunales de Justicia han considerado vulnerado el derecho de libertad sindical en los siguientes supuestos: Discriminación en materia salarial y en la promoción profesional por afiliación a un determinado sindicato (STC 74/1998, de 31 de marzo). Discriminación injustificada del trabajador por hacer uso de crédito horario (STSJ País Vasco, de 27 de junio de 2006, rec. 1079/2006). Cambio de puesto y funciones como represalia por el ejercicio de la actividad sindical (STSJ Aragón, de 17 de enero, rec. 940/1999). Cese en un puesto de libre designación al ser nombrado representante sindical (STC 216/2005, de 12 de septiembre). Negativa al abono del complemento de productividad por tener la condición de liberado (STC 151/2006, de 22 de mayo). No cómputo como experiencia profesional el tiempo ejercido como liberado sindical a tiempo completo (STC 178/2008, de 22 de diciembre). Denegación de plus de turnicidad con exclusivo fundamento en la condición de liberado sindical (STC 200/2007, de 24 de septiembre). Denegación de

nombramiento a quien mantenía en esa fecha un permiso sindical a tiempo total (STC 257/2007, de 17 de diciembre). Denegación de indemnización por residencia (Melilla) a quien se traslada a la península para realizar funciones sindicales (STC 92/2005, de 18 de abril). Denegación de la asignación de un puesto funcionario en base a la condición de liberado (STC 265/2000, de 13 de noviembre). No abono a un liberado de un plus compensatorio de jornada partida que perciben el resto de los trabajadores (STC 173/2001, de 26 de julio)

TERCERO.- A juicio de la Sala, los trabajadores que se encuentren en situación de prórroga desde los sesenta y cinco a setenta años como máximo son trabajadores efectivos a todos los efectos, siendo irrelevante a efectos sindicales, la forma en que acceden al puesto de trabajo los trabajadores, si por concurso, oposición o cualquier otro sistema y de lo expuestos se deduce que no pueden ser discriminados de manera alguna por ejercer actividades sindicales, de tal manera que el delegado sindical liberado debe ser tratado de igual manera que el personal estatutario y funcionario de su misma unidad o servicio.

Entendemos que no se produce una vulneración de los principios de eficacia y eficiencia por el mantenimiento de los derechos sindicales de los trabajadores sino que se trata de una obligación legal y constitucionalmente establecida, debiéndose tener en cuenta, en caso que de no desempeñar tales puestos determinados trabajadores lo desempeñarán otros y en la misma proporción y no se les puede hacer renunciar a ostentar la plenitud de sus derechos sindicales como el crédito horario ni sus derechos correspondientes, por lo que efectivamente se entiende que no son conformes a Derecho y vulneran la libertad sindical las normas impugnadas.

Debe tenerse en cuenta que todos los poderes públicos deben realizar una interpretación favorable de la efectividad de los derechos fundamentales.

CUARTO.- Que en materia de costas rige el artículo 139 que no las impone expresamente en los casos en los que la cuestión que se suscite presente en serias dudas de derecho, como es el caso.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, por la potestad que nos confiere la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA,

FALLAMOS

Que en atención a lo expuesto debemos de estimar y estimamos el recurso de apelación presentado por el Sindicato Médico de Extremadura contra la sentencia 106/23 de 18 de septiembre del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Mérida a que se refieren los presentes autos y en su virtud la debemos de revocar y revocamos, declarando no conforme a Derecho y anulando por vulnerar el derecho fundamental contenido en el art. 28 a la libertad de sindicación, el Pacto para la mejora de las condiciones laborales del personal del Servicio Extremeño de Salud en relación a las líneas incluidas en el plan de ordenación de Recursos Humanos de fecha 8 de febrero de 2023, en lo contemplado en su cláusula 3, número 1, apartado c) 4, al señalar que "la prórroga del profesional debe conllevar el desarrollo de trabajo asistencial".

- La Instrucción conjunta 2/23, de 24 de febrero de la Dirección Gerencia y de la Dirección General de Recursos Humanos y asuntos generales del Servicio Extremeño de Salud, referente a varios aspectos derivados del pacto para la mejora de las condiciones laborales del personal de Servicio Extremeño de Salud, firmada el 16 de marzo de 2023, en tanto en cuanto en la misma se establece que "las solicitudes de prolongación de servicio activo para profesionales que hayan cumplido la edad de jubilación se acompañarán de un informe emitido por la dirección correspondiente que especifique la actividad asistencial que realizará el profesional".

- Y la resolución de 27 de abril de 2023, de la Dirección Gerencia por la que se modifica el plan de ordenación de recursos humanos, concretamente, el apartado relativo a la jubilación que señala "4. La prórroga del profesional debe conllevar el desarrollo de trabajo asistencial" y todo ello sin expresa condena en cuanto a costas.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. El recurso de casación se preparará ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura en el plazo de treinta días contados desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia.

El escrito de preparación deberá reunir los requisitos previstos en los artículos 88 y 89 LJCA y en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio junto con los autos, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a las partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

TRIBUNAL SUPERIOR DE NAVARRA

Una sentencia ordena regular la carrera de TCAE en 6 meses por inactividad administrativa

ADS. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra estima el recurso de un colectivo de auxiliares de enfermería del Servicio Navarro de Salud interpuesto frente a la inactividad de Gobierno de Navarra, por no ejecutar y desarrollar el artículo 34 d) de la Ley Foral 11/92 de 20 de octubre, reguladora del Régimen específico del Personal adscrito al Servicio Navarro de Salud, con relación al establecimiento de la carrera profesional de los recurrentes.

Condena al Gobierno de Navarra a cumplir con tal obligación, debiendo continuarse los trámites para regular la carrera profesional del colectivo afectado (TCAE, técnicos en cuidados auxiliares de enfermería), con la presentación de un proyecto de ley ante el Parlamento de Navarra, en el plazo máximo de 6 meses.

Alegan los auxiliares sanitarios que, al igual que el resto de personal sanitario (médicos, enfermeros etc.) realizan formación continuada y una serie de méritos que son susceptibles de ser valorados como carrera profesional, y merecen su reconocimiento con base en la legislación autonómica y porque existe normativa en el resto de España que reconoce la carrera al colectivo TCAE.

El Tribunal de Navarra confirma que no regular la carrera para estos profesionales resultaría arbitrario y carente de justificación porque otros organismos forales se han pronunciado a favor y porque en otras comunidades autónomas lo han regulado para los TCAE, sino porque la propia Administración foral ya ha dado pasos y avances en este sentido que se han puesto de manifiesto a través de la prueba practicada en los presentes autos.

La inactividad imputada no es la obligación de desarrollo reglamentario de la carrera profesional del estamento sanitario, "sino la ausencia de remisión

por parte del Gobierno de Navarra al Parlamento, de un proyecto de Ley Foral, porque, en el presente supuesto, en otros casos si ha ocurrido, no se prevé un desarrollo reglamentario como tal, sino una ley foral, a propuesta del Gobierno de Navarra".

No obstante, la sentencia incorpora jurisprudencia de interés sobre el control jurisdiccional de las omisiones reglamentarias, dado que el colectivo de TCAE presenta grandes similitudes con supuesto estimatorios que se han dado en la jurisprudencia navarra y estatal, con relación a la inactividad de la Administración, en tanto que estamos ante un supuesto de falta de "desarrollo" y ejecución de la Ley Foral 11/1992, en lo que a la carrera profesional del colectivo de TCAE se refiere.

El Defensor del Pueblo de Navarra recomendó al Departamento de Salud elaborar una norma para reconocer a los TCAE la carrera profesional en similares términos a los previstos para el restante personal sanitario en mayo de 2018 que no fue aceptada. Hay otra resolución posterior de julio de 2022 del Defensor del Pueblo en el mismo sentido, no aceptada por el Departamento de Presidencia, y Función Pública, y pendiente de respuesta por el Departamento de Salud.

La Administración demandada afirma que se han dado pasos para reconocer la carrera a los TCAE, por referencia a un proyecto de ley de carrera para el resto del personal sanitario, pero como no se conoce el estado de las alegaciones ni si se han seguido trámites, el Tribunal ordena la presentación del proyecto de ley en el plazo de 6 meses.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 319 / Nov. 2023. Deniegan plus compensatorio de carrera pactado en 2007 a laboral del Sermas.

ADS nº 318 / Oct. 2023. La interrupción de servicios como interino no impide cobrar la carrera profesional.

ADS nº 318 / Oct. 2023. La percepción de subsidios por embarazo y maternidad no impide cobrar la carrera.

ADS nº 316 / Jul. Ag. 2023. TSJM inaplica acuerdo de carrera profesional por excluir a personal eventual.

STSJ, Contencioso, del 13 de diciembre de 2023
(ROJ: STSJ NA 720/2023- ECLI:ES:TSJNA:2023:720)
Id. CENDOJ: 31201330012023100295
Órgano: Tribunal Superior de Justicia.

Sala de lo Contencioso Sede: Pamplona/Iruña
 Sección: 1 Sentencia: 377/2023 Recurso: 363/2022
 Fecha de Resolución: 13/12/2023
 Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
 Ponente: MARIA JESUS AZCONA LABIANO
 Tipo de Resolución: Sentencia
 Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SENTENCIA Nº 000377/2023

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE,
 DÑA. MARÍA JESÚS AZCONA LABIANO

MAGISTRADOS,
 D. ANTONIO SÁNCHEZ IBÁÑEZ
 DÑA. ANA IRURITA DIEZ DE ULZURRUN

En Pamplona/Iruña, a 13 diciembre del 2023.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, constituida por los Ilustrísimos Señores Magistrados expresados, ha visto los autos del Recurso nº 0000363/2022 promovido contra la inactividad del Gobierno de Navarra, por no ejecutar y desarrollar el artículo 34 d) de la Ley Foral 11/92, de 20 de octubre, reguladora del Régimen específico del Personal adscrito al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, con relación al establecimiento de la carrera profesional del colectivo de TCAE del SNS-O siendo en ello partes: como recurrente Aurelia, Bárbara, Brigida, Candelaria, Estela, Catalina, Claudia, Covadonga, Delfina, Elisa, Eloisa, Emma, Enma, Esmeralda, Julieta, Eufrasia, Eva, Felicidad, Argimiro, Fermina, Arturo, Francisca, Gema, Gracia, Benito, Inés, Irene, Joaquina, Nuria, Ceferino, Leocadia, Loreto, Luisa, Magdalena, Maribel, Marisa, Martina, Micaela, Miriam, Montserrat, Nicolasa, Sonsoles, Petra, Pura, Raimunda, Rebeca, Rita, Rosaura, Sacramento, Sandra, Sofía, Blanca, Herminio, Tarsila, Teresa, Imanol, Vicenta, Virginia, Yolanda, Zulima, Araceli, Asunción, Belen, Bernarda representados por el Procurador Sr. HERMIDA SANTOS y dirigidos por el Abogado D. JOAQUIN CASTIELLA SANCHEZ-OSTIZ, y como demandado DEPARTAMENTO DE SALUD, y en su representación y defensa el ASESOR JURÍDICO LETRADO

DE LA COMUNIDAD FORAL NAVARRA y viene a resolver con base en los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tras los oportunos trámites procesales, mediante escrito presentado el 9 de diciembre de 2022 se formalizó la demanda correspondiente al recurso del encabezamiento en suplica de que se dictase sentencia por la que se declare la inactividad del Gobierno de Navarra en su obligación de ejecutar y desarrollar el artículo 34 d) de la Ley Foral 11/1992, con relación a la regulación de la carrera profesional del colectivo de TCAE, reconociéndose la discriminación que como consecuencia de ello viene sufriendo este colectivo, y condenándose por ello al Gobierno de Navarra a cumplir de modo inmediato con tal obligación, debiendo iniciarse los trámites para regular la carrera profesional del colectivo de TCAE.

SEGUNDO.- Efectuado el traslado correspondiente, por escrito presentado el 30 de marzo de 2023 se opuso a la demanda la Administración demandada en suplica de que se dictase sentencia en su día desestimando el presente recurso, dada la inexistencia de inactividad de la Administración de la Comunidad Foral.

TERCERO.- Solicitado el recibimiento a prueba, se practicó con el resultado que en autos consta la propuesta y admitida; y, evacuado el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo que tuvo lugar el pasado día 12 siendo ponente la Iltrma. Sra. Magistrada Dña. MARÍA JESÚS AZCONA LABIANO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Acto administrativo recurrido. Motivos de la demanda y de la contestación.

Se impugna ante esta Sala INACTIVIDAD del Gobierno de Navarra por no ejecutar y desarrollar el art. 34.d) de la LF 11/1992, de 20 de octubre, reguladora del régimen específico del personal adscrito al SNS con relación al establecimiento de la carrera profesional del colectivo de TCAE del SNS. En síntesis, en la demanda se alega que siendo los TCAE personal sanitario de nivel D (auxiliares sanitarios) que, al igual que el resto de personal sanitario (médicos, enfermeros etc.), en el desarrollo de su carrera, realizan una formación continuada y una serie de méritos que son susceptibles de ser va-

lorados como carrera profesional, merecen el reconocimiento de la citada carrera profesional en base a lo establecido en el artículo 34 d) de la Ley Foral 11/1992, de 29 de octubre, reguladora del régimen específico del Personal adscrito al Servicio Navarro de Salud Osasunbidea, establece la obligación del SNS-O de propiciar la promoción de su personal, y, en el caso de los incentivos salariales basados en la carrera profesional, la de proponer proyecto de ley al Parlamento, puesto en relación con lo dispuesto en la Disposición Final segunda de la LF 11/1992 remitiéndose también al Preámbulo de la Ley Foral 11/1999, de 6 de abril y que con la aprobación de la Ley Foral 7/2017, de 9 de mayo, que amplía el ámbito de aplicación del sistema de carrera profesional a todo el personal facultativo sanitario de todos los Departamentos del Gobierno de Navarra y de sus Organismos Autónomos, en Navarra se han creado diferencias entre los diferentes colectivos sanitarios del SNS-Osasunbidea, al tener unos reconocida la carrera profesional, como ocurre con facultativos y diplomados, y otros no, como ocurre con los TCAE. Por todo ello, se entiende que el Gobierno de Navarra está incumpliendo su obligación de ejecución y desarrollo del artículo 34 d) de la LF 11/1992, estando ante una inactividad no justificada.

Por otro lado señala también que, diferentes organismos forales han reconocido esta situación discriminatoria hacia este colectivo, como son el Defensor del Pueblo de Navarra y el Parlamento de Navarra. Y que en el resto de España sí existe normativa que reconoce la carrera profesional al colectivo TCAE.

Si bien en este caso no estamos ante la obligación del Gobierno de dictar un Reglamento propiamente dicho, estamos ante la omisión de una prestación de desarrollo o ejecución de la Ley Foral 11/1992 que compete exclusivamente al Gobierno, en tanto que para el establecimiento de la carrera profesional del colectivo de TCAE resulta necesario que este órgano dicte un Proyecto de Ley. Así es, en este caso, la remisión de un proyecto de Ley Foral al Parlamento de Navarra se trata de un acto de desarrollo y ejecución de la Ley Foral 11/1992, análogo a un reglamento, encomendado exclusivamente al Gobierno foral a través de la Disposición Final Segunda, que habilita expresamente a esta institución a dictar las disposiciones necesarias para la ejecución y desarrollo de esta Ley Foral. De hecho, la iniciativa legislativa, como es la elaboración de un proyecto de Ley, así como la potestad normativa, como es la elaboración de un reglamento, se encuentran reguladas en el mismo título de la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presi-

dente o Presidente, el Título IV, siendo disposiciones análoga. Por lo demás, la ausencia de regulación de la carrera profesional del colectivo de TCAE profesionales sanitarios en todo caso, no tiene justificación y resulta discriminatorio.

El Gobierno de Navarra se opone a la demanda a considerar que no existe inactividad de la Administración de la Comunidad Foral por las razones expuestas en el escrito de contestación presentado ante esta Sala, que se dan por reproducidas, y a las que se va a responder seguidamente al hilo de los diferentes motivos de demanda interpuesta contra el acto administrativo.

SEGUNDO . La Inactividad administrativa del art 29 LJCA .

Doctrina jurisprudencial

Llegados a este punto es preciso hacer algunas precisiones sobre la acción prevista en el art. 29 LJCA y ello dado que la Administración foral demandada se cuestiona ad liminem si estamos en este caso ante un supuesto de inactividad de la Administración susceptible de impugnación a través de la vía del art. 29.1 LJA y porque la jurisprudencia se ha hecho eco de esta cuestión. Veamos. Establece el art. 29 LJC

"1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración".

Dicha vía judicial, tiene como pretensión principal la de asegurar que la Administración lleve a cabo una prestación de índole material, o en su defecto, lleve a puro y debido efectos los actos por ella dictados y que hayan adquirido firmeza por no haber sido recurridos en tiempo y forma. Sobre las vías procedimentales en casos de pasividad o dilaciones administrativas ciertamente la perspectiva del art. 29 LJCA se perfila como ...instrumento jurídico que permite al ciudadano combatir la pasividad y las dilaciones administrativas, con relación, siempre, a prestaciones concretas y a actos

que tengan un plazo legal para su adopción." (STS 187/2019, de 18 de febrero) Así se dice :

"... la acción prevista en el artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional por inactividad administrativa, no pretende remediar cualquier incumplimiento administrativo, sino que está destinada a exigir prestaciones concretas, sobre cuya existencia no se debate, derivadas de una disposición general (siempre que no precise de actos de aplicación) o de un contrato o convenio, pretendiendo, en consecuencia, el cumplimiento de obligaciones o prestaciones que ya han sido previamente establecidas.

Cierto es también que el TS ha distinguido entre la inactividad administrativa de orden material, si se demanda una actividad prestacional, que no es nuestro caso, y otra de carácter formal, por omisión de una actividad normativa. Y el Gobierno de Navarra en su contestación, parece cuestionar como decimos que la inactividad de la Administración imputada sea susceptible de impugnación a través de la vía del art. 29.1, sin embargo, y al escrito de contestación en su conjunto nos remitimos, esta afirmación queda huérfana de argumentario y lo que en realidad se cuestiona es que haya tal inactividad; pero ésta, es la cuestión de fondo, a la que se va a dar cumplida respuesta seguidamente. En línea con lo anterior señala la STS de 4/3/2022 (RC 2946/2020):

"- El procedimiento de control de la inactividad de la Administración establecido en el artículo 29.1 LJCA , tiene un carácter singular y no constituye un cauce procesal idóneo para pretender el cumplimiento por la Administración de obligaciones que requieren la tramitación de un procedimiento contradictorio antes de su resolución (STS de 18 de noviembre de 2008, rec. 1920/2006, ECLI:ES:TS:2008:6412).

- No resulta viable una pretensión, planteada al amparo del artículo 29.1 LJCA , cuando existe un margen de actuación o apreciación por parte de la Administración (ST de 14 de diciembre de 2007, rec. 7081/2004, ECLI:ES:TS:2007:8557).

- No basta con invocar el posible beneficio que para el recurrente implique una actividad concreta de la Administración, lo cual constituye soporte procesal suficiente para pretender frente a cualquier otra actividad o inactividad de la Administración, sino que en el supuesto del artículo 29 lo lesionado por esta inactividad ha de ser necesariamente un derecho del recurrente, definido en la norma, correlativo a la imposición a la

Administración de la obligación de realizar una actividad que satisfaga la prestación concreta que aquel tiene derecho a percibir, conforme a la propia disposición general [SSTS de 8 de enero de 2013 (rec. 7097/2010), ECLI:ES:TS:2013:52 ; STS de 16 de septiembre de 2013 (recurso 3088/2012), ECLI:TS:2013:4502].

- Esta opción tiene su sentido cuando no se plantea litigio alguno sobre la existencia de una obligación de dar o hacer concreta y se trata de juzgar la legalidad de la inactividad o pasividad administrativa en cumplir esa prestación, debida e incumplida, en cuyo caso el pronunciamiento de la sentencia consistirá en la condena a hacer lo que no se hizo y se debía haber hecho, o, en palabras del artículo 32.1 LJCA "que (se) condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en los que estén establecidas".

- La inactividad tan solo opera donde no juega el mecanismo del silencio administrativo, según afirma la Exposición de Motivos de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa". En cuanto a qué tipo de prestación concreta puede ser para poder utilizar esta acción del art. 29.1 LJCA, la STS de 5/4/2018 (RC 4267/2016) o la STS de 8/3/2022 (RC 183/2021), entre otras aceptan que puede ser no sólo actividad material, sino también formal como la inactividad reglamentaria. Y respecto a la actividad material, la citada STS de 4/3/2022 (RC 2946/2020) transcribiendo la STS de 26/3/2012 (RC 1408/2009), entiende que de las dos interpretaciones posibles de lo que puede ser esa actividad material incumplida del art. 29.1, la estricta (que entiende que incluye sólo la actividad administrativa prestacional o de fomento) o amplia (que entiende que comprende cualquier tipo de obligación previamente establecida en la norma), opta por la amplia:

"A la vista de la voluntad del legislador, expresada en la exposición de motivos de la Ley, esta Sala se decanta por el mantenimiento de una interpretación amplia, pues, aun reconociendo que las tesis estrictas no carecen de cierto fundamento, pueden conducir a un callejón sin salida, vaciando de contenido el precepto y eliminando su efecto útil en cuanto alude a las disposiciones generales, pues resulta difícil de imaginar una actividad material, prestacional o de fomento, definida con carácter agotador en una norma de tal índole, que no necesite de actos de aplicación por imponerse directamente desde la misma a la Administración una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas. Del texto de la norma se obtiene que son dos los requisitos que deben concurrir para que se abran, por este cauce específico, las puertas de la juris-

dicción contenciosoadministrativa frente a la inactividad de la Administración. En primer lugar, la obligación de la Administración de realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o de un acto, contrato o convenio administrativo. En segundo término, que esas personas reclamen de la Administración el cumplimiento de dicha obligación y transcurran tres meses sin dar satisfacción a lo solicitado o sin llegar a un acuerdo con los interesados."

Y asimismo la STS de 10/2/2022 acepta que aunque la acción del art. 29.1 LJCA y la de omisión reglamentaria pueden ser compatibles (pedirse la subsanación de la omisión a través del art. 29.1 LJCA), también puede recurrirse contra la omisión o inactividad reglamentaria como acción autónoma, como por otra parte había reconocido, antes de la LJCA y de que existiese dicho art. 29.1, la jurisprudencia antes citada. Es decir y en conclusión se ejercite la acción contra inactividad de la Administración vía art. 29 LJCA o en general y autónomamente contra inactividad reglamentaria o frente a la falta de iniciativa legislativa, no es tanto esto lo relevante, lo cierto y seguro es que la jurisprudencia admite como inactividad la falta o ausencia de iniciativa legislativa.

Volveremos sobre esto más adelante, en su caso.

TERCERO. Normativa de aplicación a la carrera profesional personal del SNS. Algunas puntualizaciones.

Sentado lo anterior, la respuesta jurídica a la pretensión ejercitada pasa por delimitar con precisión el marco jurídico de aplicación. Así tenemos que La Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, por la que se regula el régimen específico del personal adscrito al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, establece en su artículo 34 las distintas fórmulas a través de las cuales el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea propiciará la promoción de su personal, señalando en el apartado d) lo siguiente: "El

Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea propiciará la promoción de su personal de la forma siguiente:

a) Mediante la reserva de hasta el 50 por 100 de las plazas que se convoquen para su provisión en turno restringido por el sistema de promoción interna.

b) Mediante el desempeño temporal de puestos de trabajo de superior nivel o grupo o categoría, siempre

que se posea la titulación exigida y de acuerdo con las normas que reglamentariamente se determinen.

c) Mediante la provisión por concurso de méritos de las jefaturas de unidades orgánicas que no sean de libre designación.

La provisión de las jefaturas de servicio y de sección médico-asistenciales se realizará por concurso o concurso-oposición libre.

d) Para el establecimiento de incentivos salariales, basados en la carrera profesional u otros elementos, el Gobierno de Navarra remitirá al Parlamento, en su caso, un proyecto de Ley Foral.

Saliendo al paso de las alegaciones de la parte actora sobre los criterios interpretativos en sustento de su pretensión lo cierto es que en el Preámbulo de la Ley foral se dice : "Es precisamente el objeto de esta

Ley Foral la regulación de los derechos y deberes aplicables al personal adscrito al Servicio Navarro de Salud.

Producida la asunción de competencias en materia de asistencia sanitaria con efectividad de 1 de enero de 1991, el personal de los servicios sanitarios de la Seguridad Social se ha regido hasta la fecha por el régimen jurídico y retributivo establecido en sus respectivos Estatutos y normas de aplicación.

Por otro lado, el personal funcionario de la Administración de la Comunidad Foral adscrito al Servicio Navarro de Salud mantiene, asimismo, su específico régimen jurídico, recogido en la Ley Foral 13/1983, de 30 de marzo, reguladora del Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, muy diferente del aplicable al personal estatutario transferido de la Seguridad Social.

Asimismo, existe otro importante colectivo constituido por el personal de régimen laboral que se rige por el convenio colectivo vigente.

Por último, nos encontramos con un colectivo de funcionarios sometidos a la Norma de Funcionarios Sanitarios Municipales de 16 de noviembre de 1981, diferente, asimismo, en cuanto a sus derechos y deberes a los dos anteriores

Se ha pretendido poner fin a esta diferenciación con los acuerdos alcanzados entre representantes de la Administración Foral y de las organizaciones sindicales los

pasados días 20, 26 y 27 de febrero de 1992, cuando en los apartados dedicados al Servicio Navarro de Salud, definen un conjunto homogéneo de derechos y deberes, tanto en el plano normativo como en el de estructura retributiva, que es voluntad de las partes, se aplique a toda la plantilla del Servicio Navarro de Salud, con independencia del régimen jurídico funcional, laboral o estatutario que le una al mismo".

Es decir, no se trata como pretende la parte actora de recoger un criterio interpretativo de la Ley foral en el concreto sentido pretendido por ella; lo que plasma el preámbulo es la voluntad del legislador foral de eliminar las diferencias entre personal estatutario de la SS, funcionarios sanitarios municipales, personal en régimen laboral y personal de la Administración foral. Puntualizado lo anterior veamos que dice la normativa de aplicación.

Puntualizado este punto, tenemos también que la Ley Foral 11/1999, de 6 de abril, por la que se regula el Sistema de Carrera

Profesional del Personal Facultativo del Servicio Navarro de Salud Osasunbidea en su Preámbulo se establece las siguientes líneas de actuación: 1.ª Otorgar a los propios profesionales implicados el protagonismo en la aplicación y futuro desarrollo del modelo de carrera profesional que, como punto de partida, se concreta en la presente Ley Foral; 2.ª La definición de sistemas reglados de evaluación, de reconocimiento y de recompensa de la actividad profesional, con suficiente flexibilidad para ser aplicados en la diversidad de los entornos existentes en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea; 3.ª La quiebra de un sistema retributivo, indiferente a los diversos grados de responsabilidad, calidad y cantidad en la actuación del profesional; todo ello considerando la existencia de riesgos y de garantías equilibrados y asumibles, con un razonable impacto económico individual y en la economía global del Sistema Sanitario. Los principios señalados serán, en su caso, trasladados para su aplicación a otros estamentos profesionales, como el resto de facultativos sanitarios, personal diplomado sanitario de enfermería y resto de estamentos, siendo ésta una circunstancia que ha estado presente en la redacción de la presente Ley Foral. No obstante, dicha traslación deberá encontrar un cauce en el marco del proceso de negociación colectiva y de determinación de las condiciones de trabajo para su posterior plasmación en proyectos de ley foral específicos. Por tanto, tal y como reconoce la propia parte demandante, es cierto que la intención del legislador era regular la carrera profesional de los restantes esta-

mentos del SNS-O, pero, obsérvese, como es bastante frecuente en las exposiciones de motivos, no deja de ser un desiderátum pues se dice " en su caso " y se dice más, esa "traslación" exige un cauce procedimental, el de la negociación colectiva, es decir, la intervención de terceros, los representantes sindicales de los empleados públicos del SNS con determinación de las condiciones de trabajo para el reconocimiento de tal carrera profesional.

Y finalmente tenemos la Disposición Final Segunda de la citada

LF 11/1992 según la cual : " Se autoriza al Gobierno de Navarra para dictar las disposiciones necesarias para la ejecución y desarrollo de esta Ley Foral". Y veremos cómo se ha pronunciado el TS en un caso relacionado con el nuestro , no idéntico , en donde se aplicaba una previsión normativa similar y que permitido al TS estimar la demanda .

Es decir, lo que prevé nuestra normativa foral es que se propicien medidas para regular la carrera profesional de los restantes estamentos del SNS-O, a través del cauce procedimental de la

negociación colectiva, previéndose, si, para la aprobación de incentivos salariales, proponer y presentar un Proyecto de ley ante el Parlamento de Navarra.

En fin, el cumplimiento de la previsión legal globalmente considerada no se puede articular como algo automático, pues exige un proceso complejo en el que intervienen diversos elementos y factores , lo que si podemos ya anticipar es que se ha de hacer. Dicho esto, a considerar que, como dice la normativa estatal, la carrera profesional busca posibilitar el derecho a la promoción de este personal conjuntamente con la mejor gestión de las instituciones sanitarias. Si se limita dicho derecho a parte de los profesionales sanitarios, sin justificación razonable, se elimina, o desincentiva, la modernización y , potencialmente siquiera, el correcto funcionamiento de la administración sanitaria, de acuerdo con los avances científicos y de la investigación que puedan existir; es claro que la cuestión no es baladí.

En todo caso, la desigualdad establecida, hasta al menos fechas recientes, en este caso por el Gobierno de Navarra, no regulándola para los profesionales sanitarios del colectivo de las TCAE, resultaría arbitraria y carente de justificación, no solo porque otros organismos forales se han pronunciado a favor, o porque en

otras comunidades autónomas ya se cuente con la regulación de la carrera profesional de las TCAE, sino porque la propia Administración foral ya ha dado pasos y avances en este sentido que se han puesto de manifiesto a través de la prueba practicada en los presentes autos.

CUARTO .- Delimitación de nuestro supuesto. Jurisprudencia aplicable al caso sobre el fondo.

Sentado lo anterior, en este caso que hoy nos ocupa, lo señala la Administración demandada, y lo reconoce la parte actora, la inactividad imputada no es tanto la obligación de desarrollo reglamentario de la carrera profesional del estamento sanitario hoy concernido sino la ausencia de remisión por parte del Gobierno de Navarra al Parlamento, de un proyecto de Ley Foral, porque, en el presente supuesto, en otros caso si ha ocurrido, no se prevé un desarrollo reglamentario como tal, sino una ley foral, a propuesta del Gobierno de Navarra si bien, está específicamente previsto para, como se ha dicho, aprobar incentivos salariales así lo dice el art. 34 como hemos visto, y dice además ; y otro apunte, en la norma "en su caso ". El Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea propiciará la promoción de su personal de la forma siguiente: d) Para el establecimiento de incentivos salariales,

basados en la carrera profesional u otros elementos, el Gobierno de Navarra remitirá al Parlamento , en su caso, un proyecto de Ley Foral.

La idea es que el SNS como empleador propicie, haga lo posible, para la promoción de su personal, es decir, enfocada a la carrera profesional, y lo puede hacer por diversas vías , vía méritos, y vía incentivos salariales, que precisan, si o sí, de ley foral, por lo que, habrá de remitir al Parlamento el correspondiente proyecto de ley.

Y sí, en la Disp. Final Segunda se autoriza, que no se obliga, al Gobierno de Navarra a dictar las disposiciones necesarias para la ejecución y desarrollo de esta Ley Foral y por tanto de lo referido a la carrera profesional .

Nos dice el Gobierno de Navarra que el art. 34 no impone la obligación taxativa de remitir al Parlamento un proyecto de ley foral que regule la carrera profesional del personal adscrito al SNS esto se ha de puntualizar en línea con lo ya señalado más arriba; la remisión del proyecto de ley está previsto solo para el establecimiento de incentivos salariales, y repetimos, dice explí-

citamente, " en su caso": pero no es menos cierto también que, primero, los incentivos salariales pueden basarse asimismo en otros elementos, distintos a la carrera profesional y, segundo que la promoción del personal, o, se entiende, la carrera profesional se obtiene también, no con incentivos salariales, sino mediante otros medios, como se ha dicho, incardinables en el campo de los méritos y que hasta hace poco nada se ha hecho, y decimos esto, porque como ya se ha explicado hoy es el día en que la propia Administración ha iniciado pasos que avanzan hacia el reconocimiento de la carrera profesional también de estos profesionales.

No está demás traer a colación por su interés para el caso, la

STS Nº De Fecha: 15 de Noviembre de 2022 sentencia: 1494/2022 Nº de recurso: 16/2022 en la que el TS rechaza la demanda interpuesta por la Asociación Unificada de Militares Españoles contra la inactividad del Consejo de Ministros por falta de iniciativa legislativa a no remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de ley regulador del régimen de los ingenieros en las Fuerzas Armadas que venía contemplado en una disposición final de la Ley de la Carrera Militar. En esa STS se recuerda jurisprudencia sobre inactividad reglamentaria de la Administración, una vez más encontramos elementos que determinan la homologación de la inactividad reglamentaria y la omisión de iniciativa legislativa del Gobierno, ya hemos dicho antes que nuestra normativa foral, regula ambas figuras en el mismo título.

Se citaba por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo 553/2018, de 19 de diciembre, en el que dicho tribunal estima la existencia de inactividad no permitida por parte del Gobierno de España, al no haber regulado la carrera profesional del personal investigador funcionario : "2ª) estamos ante un claro supuesto de inactividad formal normativa pues la Administración incumple un claro e incondicionado deber legal de dictar normas o disposiciones de carácter general-inactividad reglamentaria-, es decir, la administración ha incumplido de un deber jurídico que viene representado por una actuación de la Administración-por omisión-al margen de las previsiones legales y contribuyendo a que éstas queden sin efecto y, por ello, ante una actuación susceptible de control por los Tribunales a tenor de los artículos 106.1 de la Constitución Española(RCL 1978 , 2836)y 8 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (RCL 1985, 1578, 2635), del Poder Judicial . Como hemos visto la Administración no ha ejecutado la previsión de desarrollo reglamentario para la efectividad de la carrera profesional y régimen retributivo de los recurrentes,

que debió entrar en vigor el 1 de enero de 2014, ello estando el Gobierno plenamente sometido a la ley y al derecho ex artículo 103.1 de la Constitución y, además, siendo el Gobierno el titular de la potestad reglamentaria a tenor del artículo 97 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836), en relación con el artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre (RCL 1997, 2817), del Gobierno.

(...) Alternativamente, si del tenor literal de la citada disposición final décima, aisladamente considerada, se extrajera la inexistencia de plazo para el cumplimiento de la obligación de desarrollo reglamentario, la conclusión sería la misma puesto que la mayor discrecionalidad administrativa sobre la oportunidad para ejercer la potestad reglamentaria que le venía impuesta quedaría sujeta a la posibilidad de control por las vías tradicionalmente admitidas de reducción de la discrecionalidad administrativa y, en este caso, a través de los principios generales del derecho como técnica de control de la inactividad, particularmente el principio de igualdad. Como veremos en el siguiente punto 3º la inactividad reglamentaria ha provocado y provoca situaciones de desigualdad en relación con los beneficios previstas en la norma legal que debió ser desarrollada, situaciones que, en definitiva, imponen apreciar el incumplimiento formal a que venimos aludiendo y calificarlo de supuesto claro de inactividad reglamentaria.^{3ª}) además de apreciar que la omisión reglamentaria integra un supuesto de incumplimiento de una obligación expresamente prevista en la ley por parte de quien tiene la potestad para llevarlo a cabo, estaríamos también ante el otro supuesto de control que ha sido admitido reiteradamente en las sentencias ya mencionadas, es decir, ante el supuesto de que la omisión reglamentaria supone o representa la creación implícita de una situación jurídica contraria al ordenamiento jurídico.

Efectivamente, tal y como resalta la parte actora en su demanda, con cita de los informes existentes en el expediente administrativo, la omisión reglamentaria ha generado una situación de desigualdad entre los funcionarios de las nuevas Escalas pues, desde que debió entrar en vigor el nuevo sistema de carrera y retributivo -1 de enero de 2014- y por esa inactividad administrativa, solo una parte de los funcionarios que eran objeto de una igual regulación legal han alcanzado el objetivo o finalidad de la norma legal. Ello es así porque, aunque lo sea por ser herederos de su situación profesional anterior, lo cierto es que desde la citada fecha solo el personal investigador procedente de las Escalas suprimidas del Consejo Superior de

Investigaciones Científicas obtienen un trato diferenciado frente al resto sin que exista ya una justificación objetiva y razonable derivado de su régimen legal anterior. Si a partir de aquella fecha la igualdad jurídica debió existir, el mantenimiento injustificado de un régimen diferente para algunos (los procedentes de las Escalas suprimidas del Consejo Superior de Investigaciones Científicas) ha dejado de estar justificado por la normativa desigual de origen pues la Ley, precisamente, daba amparo a esa desigualdad hasta el desarrollo reglamentario incumplido."

En el caso analizado por el TS, se analizaba el artículo 25 de la Ley 14/2011, que establecía la carrera profesional del personal investigador funcionario, con relación a su disposición final décima, que señalaba que

"El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Ciencia e Innovación, dictará en el ámbito de sus competencias las disposiciones necesarias para la ejecución y desarrollo de lo establecido en la presente ley", Obsérvese que se trata de una redacción similar a la contenida en la disposición final segunda de la Ley 11/1992, aplicable en el caso del colectivo de TCAE

Por lo demás, a mayor abundamiento, y en lo que se refiere a Navarra, traeremos asimismo a colación los pronunciamientos habidos: STSJ de Navarra 27/2021, de 10 de diciembre, dictada en el rca 323/2019 según la cual :

" CUARTO.- Doctrina de esta Sala y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la inactividad de la Administración.

Por esta Sala se han resuelto recursos contencioso-administrativos anteriores en los que se valora la falta de actividad de la Administración en aquellos supuestos en que es preciso un desarrollo reglamentario para que el administrado pueda adquirir un derecho y así en Sentencia de 10 de junio de 2010 (ROJ: STSJNA 464/2010 ECLI:ES: TSJNA

:2010:464), nº 289/2010, Recurso:178/2010, fundamento de derecho cuarto se dijo;

"Ahora bien, nos pretende aclarar la administración demandada que ese acuerdo carecía de eficacia (de fuerza vinculante, en todo caso, entendemos) en cuanto a su vez exigía un posterior desarrollo reglamentario mediante otro acuerdo del Gobierno Foral, a su vez, a efectos de concretar niveles y criterios de valoración del vascuence, el que al momento de esta convo-

catoria tampoco había sido aprobado." A ello debemos responder con estos dos escuetos argumentos, pero resolutorios de la cuestión litis que nos ocupa:

El mismo Acuerdo del Gobierno de Navarra de 18 de Septiembre de 2.006 previene en su apartado 4º: "En tanto no se apruebe definitivamente por el Gobierno de Navarra el Plan de Actuación al que se refiere el presente Acuerdo, los distintos Departamentos y organismos públicos y otros entes dependientes de la Administración de la Comunidad Foral ejercerán sus competencias en las actuaciones que guarden relación con el presente Acuerdo ajustándose a los criterios y principios contemplados en el mismo.". Resulta inapreciable este texto y la necesidad de su obligada aplicación.

El administrado no puede verse perjudicado en caso alguno por la inactividad de la Administración y menos en desarrollos reglamentarios, por cuanto bastaría con posponer sine die la aprobación de reglamentos de desarrollo que concreten tales o cuales particularidades para que el derecho del ciudadano quede marginado, pospuesto o preterido, sin posibilidad de hacer efectivas sus facultades competenciales privadas (aunque con proyección pública) amparadas en el Ordenamiento Jurídico. Sea la Administración la que corra con su suerte ante tal inactividad en un punto realmente concreto y respecto del que, por sus tecnicismos, no se aprecia dificultad de desarrollo."

Igualmente, la Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha resuelto asuntos semejantes al que nos ocupa, la falta de actividad por parte de la Administración foral a la hora de cumplir con una obligación legal e incondicionada, que se traduce en la necesidad de dar a una norma con rango de ley un desarrollo reglamentario. Así, en Sentencia de la Sección cuarta, nº 553/2018, Recurso de Casación nº 4267/2016, ROJ STS 1519:2018- ECLI:ES:TS:2018:1519), Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo se expone: la jurisprudencia sobre el control jurisdiccional sobre las omisiones reglamentarias (control que es de carácter restrictivo (atendido el carácter revisor de la jurisdicción y que la potestad reglamentaria es una facultad política normativa de ejercicio discrecional) y que solo cabe en dos casos: (i) incumplimiento de una obligación expresamente prevista en una ley y (ii) casos en que la omisión reglamentaria cree implícitamente una situación jurídica contraria al ordenamiento jurídico), estima el recurso ya que considera que existía una obligación sobre la Administración sujeta a plazo consistente en la ejecución

de la previsión de desarrollo reglamentario para la efectividad de la carrera profesional y régimen retributivo de los recurrentes que debió entrar en vigor el 1 de enero de 2014.

Así en su fundamento de derecho segundo, se dice; "B) Doctrina jurisprudencial:

En el fundamento de derecho séptimo de nuestra sentencia de 14 de diciembre de 2014 (recurso contencioso administrativo 758/2012) decíamos lo siguiente:

«SÉPTIMO.- Pues bien, sobre el control judicial de la llamada omisión reglamentaria existe una doctrina jurisprudencial reiterada que se sintetiza en la Sentencia de 5 de diciembre de 2013, RC. 5886/2009 , en los siguientes términos:

«El control jurisdiccional de las omisiones reglamentarias que viene ejerciendo esta Sala es de carácter restrictivo. Con carácter general, venimos declarando que la estrecha vinculación de la potestad reglamentaria con la función constitucional de dirección política del Gobierno, reconocida en el artículo 97 de la CE , dificulta que el autor del reglamento pueda ser forzado por los Tribunales a ejercer la potestad reglamentaria en un sentido predeterminado.

La declaración jurisdiccional de invalidez de una norma reglamentaria por razón de una omisión reglamentaria, no obstante, puede ser apreciada, según nuestra jurisprudencia, en dos casos. Cuando la misma sea considerada un incumplimiento de una obligación expresamente prevista por la ley (1), o cuando esa omisión o silencio reglamentarios ponga la creación implícita de una situación jurídica contraria al ordenamiento jurídico (2).

Sin que esta caracterización de la fiscalización judicial de las omisiones reglamentarias suponga, en modo alguno, un control judicial sobre la predeterminación del contenido de la posterior norma, pues constatado el deber legal de dictar una determinada regulación por la Administración y el incumplimiento de la misma, ello no comporta que pueda judicialmente establecerse el contenido de esa disposición futura. Recordemos que el artículo 71.2 de la LJCA dispone que " los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen (...)".

En este sentido, nos venimos pronunciando desde las Sentencias de 7 de octubre de 2002 (recurso contencioso administrativo 758/2012)

cioso administrativo nº 48/1999) y de 28 de junio de 2004 (recurso contencioso administrativo nº 74/2002) y las citadas en ellas. Doctrina seguida en otras de 19 de febrero de 2008 (recurso contencioso administrativo nº 95/2007), de 19 de noviembre de 2008 (recurso contencioso administrativo nº 55/2007), de 3 de marzo de

2010 (recurso contencioso administrativo nº 4/2008), de 3 de mayo de 2012 (recurso contencioso administrativo 29/2008), al declarar que « Las

pretensiones deducidas frente a la omisión reglamentaria han encontrado tradicionalmente en nuestra jurisprudencia, además de la barrera de la legitimación, un doble obstáculo: el carácter revisor de la jurisdicción y la consideración de la potestad reglamentaria como facultad político-normativa de ejercicio discrecional. (...) Ahora bien, tales reparos no han sido óbice para que, ya desde antiguo, se haya abierto paso una corriente jurisprudencial que ha admitido el control judicial de la inactividad u omisión reglamentaria. En el ejercicio de esta potestad son diferenciables aspectos reglados y discrecionales (Cfr. SSTs 8 de mayo de 1985 , 21 y 25 de febrero y 10 de mayo de 1994), y no es rechazable ad limine, sin desnaturalizar la función jurisdiccional, una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria o que ésta tenga un determinado contenido, porque el pronunciamiento judicial, en todo caso de fondo, dependerá de la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar una norma de dicho carácter en un determinado sentido. En el bien entendido de que únicamente es apreciable una ilegalidad omisiva controlable en sede jurisdiccional cuando el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la Ley o la Directiva que el Reglamento trata de desarrollar y ejecutar o de transponer. (...) Por otra parte, es éste un problema sustantivo diferenciable del alcance del control judicial, pues constatado el deber legal de dictar una regulación por la Administración y el incumplimiento de aquél resulta ciertamente más difícil admitir la posibilidad de una sustitución judicial de la inactividad o de la omisión administrativa reglamentaria hasta el punto de que el Tribunal dé un determinado contenido al reglamento omitido o al precepto reglamentario que incurre en infracción omisiva, siendo significativo a este respecto el artículo 71.2 de la nueva Ley de la Jurisdicción Conten-

cioso-administrativa (...). Por consiguiente, la doctrina de esta Sala es, sin duda, restrictiva en relación con el control de las omisiones reglamentarias, tanto desde el punto de vista formal de su acceso a la jurisdicción como desde el punto de vista material o sustantivo, referido al contenido y alcance que corresponde a la función revisora del Tribunal. (...). En definitiva, como se ha dicho anteriormente, únicamente cabe apreciar una ilegalidad omisiva controlable jurisdiccionalmente, cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación expresamente establecida por la Ley que se trata de desarrollar o ejecutar, o cuando el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico. Aunque, en ocasiones, para la omisión reglamentaria relativa, el restablecimiento de la supremacía de la Constitución o de la Ley, pueda consistir en negar simplemente eficacia jurídica al efecto derivado de dicho silencio del reglamento contrario al ordenamiento jurídico (Cfr. SSTs 16 y 23 de enero de 1998 , 14 de diciembre de 1998 y 7 de diciembre de 2002).» . (Sentencia de 28 de junio de 2004 recaída en el recurso contencioso administrativo nº 74/2002) .

De esta doctrina jurisprudencial conviene resaltar las siguientes consideraciones, de interés a efectos de la resolución del presente litigio: 1ª) Que la caracterización de la potestad reglamentaria como una potestad discrecional no impide el control judicial de las omisiones o inactividades reglamentarias cuando el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la Ley; 2ª) que no obstante, el artículo 71 de la Ley Jurisdiccional , al prohibir a los tribunales contencioso-administrativos "determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados" impide a estos Tribunales sustituir a la Administración en cuanto tiene de discrecional el ejercicio de esa potestad reglamentaria.

3ª) que puede resultar viable una pretensión de condena a la Administración a que elabore y promulgue una disposición reglamentaria, e incluso a que ésta tenga un determinado contenido, en la medida que se

constate y declare la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar la norma reglamentaria en ese determinado sentido"

Y más a más, apuntamos la STS de 8/3/2022 (RC 183/2021) que estima el recurso jurisdiccional interpuesto contra la inactividad reglamentaria de la Administración planteado a través de la especialidad procedimental del artículo 29.1 de la LJCA condenando a la Administración, como hizo la STS de 5/4/2018 (RC4267/2016) al cumplimiento de la obligación de desarrollo reglamentario incumplida.

El caso del colectivo de TCAE presenta grandes similitudes con supuesto estimatorios que se han dado en la jurisprudencia navarra y estatal, con relación a la inactividad de la Administración, en tanto que estamos ante un supuesto de falta de "desarrollo" y ejecución de la Ley Foral 11/1992, en lo que a la carrera profesional del colectivo de TCAE se refiere.

QUINTO.- Solución al concreto caso que hoy nos ocupa. Análisis del primero de los supuestos a los que se refiere el TS.

Con carácter previo es preciso indicar los siguientes antecedentes relevantes para el caso y hechos acreditados a la vista de la prueba practicada.

A lo largo de los años, se han ido promulgando en Navarra diferentes normativas reconociendo la carrera profesional a diferentes profesionales del sector sanitario, sin haber llegado al colectivo TCAE (se ha regulado para facultativos y diplomados). Dicha normativa comenzó con la Ley Foral 11/1999, de 6 de abril, por la que se regula el Sistema de Carrera Profesional del Personal Facultativo del Servicio Navarro de Salud Osasunbidea, y finalizó con la Ley Foral 7/2017, de 9 de mayo, que amplía el ámbito de aplicación del sistema de carrera profesional a todo el personal facultativo sanitario de todos los Departamentos del Gobierno de Navarra y de sus Organismos Autónomos.

La parte demandante no ha reclamado desarrollo reglamentario, o ejercicio de potestad reglamentaria, lo que ha reclamado es el ejercicio de la iniciativa legislativa. Y ciertamente también tal y como se indica en la respuesta dada a la pregunta 3 del interrogatorio formulado por las recurrentes a la Dirección General de Función Pública, en lo que respecta a las dos Leyes Forales aplicables al ámbito de Administración Núcleo (Ley Foral 23/2016, de 21 de diciembre, por la que se establece el sistema de carrera profesional aplicable al per-

sonal diplomado sanitario, excluido el adscrito al Departamento de Salud y sus organismos autónomos, y Ley Foral 7/2017, de 9 de mayo, por la que se amplía el ámbito de aplicación del sistema de carrera profesional a otro personal sanitario no adscrito al Departamento de Salud y sus organismos autónomos), ambas fueron consecuencia de la presentación de proposiciones de ley foral por parte de varios grupos parlamentarios, de manera que no fueron fruto de iniciativas legislativas del Gobierno de Navarra.

Al parecer el Sindicato de Auxiliares de Enfermera presentó una propuesta para regular la carrera profesional se recoge en el doc 1 demanda; cierto es que no consta fecha, ni ante quien se presentó.

Consta también Resolución del Defensor del pueblo de Navarra por la que se sugiere al Departamento de Salud que elabore y promueva una norma para reconocer a los TCAE la carrera profesional en similares términos a los previstos para el restante personal sanitario en mayo de 2018. No fue aceptada. Hay otra resolución posterior de julio de 2022 del Defensor del Pueblo en el mismo sentido; no aceptada por el Departamento de presidencia, y Función Pública, y pendiente de respuesta por el Departamento de Salud.

Lo cierto es que a fecha de hoy, se han dado pasos, "avances" dice la Administración demandada en su escrito de conclusiones, en relación con el reconocimiento de la carrera profesional a los colectivos que no la tienen asignada y, en particular, al

personal TCAE En primer lugar, la Ley Foral 35/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2023, contempla, en su disposición adicional vigésimo cuarta, una "Propuesta de marco normativo para regular la carrera profesional de todo el personal sanitario. Compromiso de abordar en el primer cuatrimestre del año 2023, contando con la representación legal de los trabajadores, una propuesta de marco normativo que regule la carrera profesional para personal sanitario que no la tengan actualmente reconocido (Técnicos sanitarios, TCAE...) y su implantación progresiva, según se cuente con la correspondiente suficiencia presupuestaria." Y, en segundo término, en sesión plenaria de 23 de marzo de 2023, el Parlamento de Navarra aprobó una modificación del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, cuya disposición adicional prevé una "Propuesta de marco normativo para regular la carrera profesional. Se abordará en el año 2023, contando con la representación legal de los trabajadores, una propuesta

de marco normativo que regule la carrera profesional para quienes no la tengan actualmente reconocida y su implantación progresiva, según se cuente con la correspondiente suficiencia presupuestaria" En este sentido, tal y como se hace constar en la respuesta dada a la pregunta 6 por parte del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea del interrogatorio formulado por la parte actora, dicho organismo, en cumplimiento del Acuerdo de 21 de marzo de 2023 suscrito con los sindicatos LAB y UGT, presentó en la Mesa Sectorial de Salud una propuesta de "proyecto de ley foral de carrera profesional para el resto del personal sanitario", otorgando un plazo para formular alegaciones al mismo, siendo ese el estado de la negociación a la fecha del documento remitido con las respuestas.

Es más, es público y notorio que con ocasión del Plan Estratégico de Función Pública que ha de conocer bien la Administración foral pues se hace a su instancia, se han constituido grupos de trabajo entre Administración y organizaciones sindicales para entre otros objetivo, el desarrollo Profesional y Carrera Profesional de los Empleados públicos presentado en la Mesa General de 20 de octubre de 2023 ,con el objetivo de proceder a la elaboración de un nuevo estatuto del personal al servicio de las administraciones públicas de Navarra. Que adapte el marco jurídico actual a las necesidades de la Administración Pública del siglo XXI impulsando una auténtica carrera administrativa basada en el mérito, capacidad, experiencia y desempeño sometida a la evaluación periódica del desempeño.

Sentado lo anterior ,si bien no estamos ante la obligación del GN de dictar un reglamento propiamente dicho, alega la parte actora que estamos entonces ante una habilitación real para que el Gobierno de Navarra actúe y lleve a cabo las disposiciones de la Ley, entre las que se encuentra el establecimiento de la carrera profesional del personal sanitario, en este caso, la obligación que impone la Ley al Gobierno foral es la de regular la carrera profesional de todos los estamentos sanitarios mediante negociación colectiva y remitir un proyecto de Ley Foral al Parlamento de Navarra para regular la carrera profesional a través de incentivos salariales.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta se ha de dilucidar si estamos ante el incumplimiento de una obligación expresamente prevista en una ley y o si la omisión reglamentaria cree implícitamente una situación jurídica contraria al ordenamiento jurídico; sobre el primero ya nos hemos pronunciado. En lo que se refiere al segundo de los supuestos, situación jurídica

creada como consecuencia de tal omisión, concurriría en este caso porque: 1º se puede considerar que hay un silencio normativo lo que determina la creación implícita de una situación jurídica contraria a la constitución o al ordenamiento jurídico en su conjunto en esta materia, debiéndose negar eficacia jurídica al efecto derivado de dicho silencio. Y el TS tiene dicho que : " En cuanto al alcance de la condena jurisdiccional se refiere, de nuevo acudimos a la jurisprudencia según la cual cuando el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico...el restablecimiento de la supremacía de la Constitución o de la Ley puede consistir en negar simplemente eficacia jurídica al efecto derivado de dicho silencio del reglamento contrario al ordenamiento jurídico".

Y 2º, no se aprecia justificación y resulta discriminatorio, y ello en relación con lo establecido en el art. 14 CE y el art. 35 de la misma CE y nos hemos de remitir a la doctrina del TC según la cual no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que carecen de una justificación objetiva y razonable; 2-El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; 3-El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas, o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; 4-Por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea en el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resulten de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce, y el fin pretendido por el legislador sean proporcionales.

En fin, en el caso de los TCAE se estaría produciendo la aducida vulneración del principio de igualdad, ya que: 1-El colectivo está formado por profesionales sanitarios definidos por la Ley, que accedemos a la plaza mediante el correspondiente concurso-oposición, acreditando la titulación suficiente, al igual que los Facultativos y el resto de Graduados o Diplomados Sanitarios.

En este caso en el SUPPLICO de la demanda se pide : " se declare la inactividad del Gobierno de Navarra en su obligación de ejecutar y desarrollar el artículo 34 d) de la Ley Foral 11/1992, con relación a la regulación de la carrera profesional del colectivo de TCAE, reconociéndose la discriminación que como consecuencia de ello viene sufriendo este colectivo, y condenándose por ello al Gobierno de Navarra a cumplir de modo inmediato con tal obligación, debiendo iniciarse los trámites para regular la carrera profesional del colectivo de TCAE"

Pues, ciertamente, ya se han iniciado pasos para subsanar esta situación, pero se ha avenido el Gobierno de Navarra a la pretensión de la actora, ni vía reconocimiento en vía administrativa , ni vía allanamiento , y no consta el inicio de los trámites necesarios para la iniciativa legislativa salvada hecha de una propuesta de

"proyecto de ley foral de carrera profesional para el resto del personal sanitario", otorgando un plazo para formular alegaciones al mismo. Se desconoce el resultado de las alegaciones que en su caso se hayan presentado, ni si se han seguido más trámites.

Por tanto , procedería ordenar a la Administración la continuación de los trámites necesarios para el reconocimiento de la carrera profesional de los TCAE del SNS-O y de los trámites que sean precisos para la presentación del proyecto de ley foral ante el Parlamento de Navarra en el menor plazo posible, y en todo caso en un plazo máximo de 6 meses.

Todo lo expuesto nos lleva a estimar en parte el presente recurso contencioso administrativo .

SEXTO.- Costas procesales

En cuanto a las costas el artículo 139. 1. de la LJCA 1998 establece que "1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad". Así en el presente caso, dada la estimación parcial de

la demanda, no procede condena en costas. En atención a los Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho expuestos, en nombre de Su Majestad El Rey, y en el ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del Pueblo Español nos confiere la Constitución, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha adoptado el siguiente.

F A L L O

1.- ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Hermita Santos en la representación que ostenta frente a la inactividad de Gobierno de Navarra, por no ejecutar y desarrollar el artículo 34 d) de la Ley Foral 11/92 de 20 de octubre, reguladora del Régimen específico del Personal adscrito al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, con relación al establecimiento de la carrera profesional del colectivo de TCAE el SNS-O.

2.- DECLARAMOS la inactividad del Gobierno de Navarra en su obligación de ejecutar y desarrollar el artículo 34 d) de la Ley Foral 11/1992, con relación a la regulación de la carrera profesional del colectivo de TCAE y se condena por ello al Gobierno de Navarra a cumplir con tal obligación, debiendo continuarse los trámites para regular la carrera profesional del colectivo de TCAE, con la presentación de proyecto de ley ante el Parlamento de Navarra, en el plazo máximo de 6 meses.

3.- Sin costas.

Notifíquese esta Resolución Judicial conforme dispone el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, expresando que contra la misma solo cabe interponer recurso de casación ante la Sala correspondiente, única y exclusivamente, en el caso de que concurra algún supuesto de interés casacional objetivo y con los requisitos legales establecidos, todo ello de conformidad con los artículos 86 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en redacción dada por Ley Orgánica 7/2015 de 21 de Julio.

Dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el plazo de treinta días siguientes a la notificación de esta Sentencia.

Se informa a las partes que, en cualquier supuesto, y en todos los recursos de casación que se presenten, todos los escritos relativos al correspondiente recurso

de casación se deberán ajustar inexcusablemente a las condiciones y requisitos extrínsecos que han sido aprobados por Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y de este Tribunal

Superior de Justicia de Navarra en fechas 20-4-2016 (BOE 6-7-2016) y 276-2016 respectivamente.

Estos Acuerdos obran expuestos en el tablón de anuncios de este Tribunal Superior de Justicia, así como publicados en la página web del Consejo General del Poder Judicial (www.poderjudicial.es) para su público y general conocimiento.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

No es preciso ser laboratorio o distribuidor para prestar servicios de oxigenoterapia

ADS. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo confirma la estimación del recurso de *Acciona Healthcare Services* por su exclusión del procedimiento de licitación del concurso de oxigenoterapia y otras técnicas de ventilación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia convocado en 2018.

Previamente, el recurso de *Acciona* había sido desestimado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

El Supremo afirma 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: "Obviamente, 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".

De la legislación aplicable "no se desprende que los licitadores que optan a la adjudicación de este contrato de asistencia médica a domicilio tengan que ser un laboratorio farmacéutico o almacén para la distribución de oxígeno medicinal. Varias son las razones que avalan esta afirmación", dice el Supremo en referencia a los argumentos del TSJ de Murcia, que suscribe.

El artículo 3.6 del Real Decreto legislativo 1/2015 reserva la dispensación de medicamentos de uso humano a las oficinas de farmacia y a los servicios de farmacia de los hospitales, pero en este caso el objeto del contrato no es el suministro o dispensación de productos médicos sino de servicios sanita-

rios a domicilio, aunque para ello resulta necesario administrar medicamentos previamente pautados por los facultativos médicos autorizados y adquiridos de una oficina de farmacia.

Los pliegos particulares del concurso exigían que la empresa licitadora tuviera una actividad con relación directa con el contrato y prohibía expresamente la subcontratación.

Integración de solvencia técnica con terceros

A dicho procedimiento concurrió, entre otros, la empresa *Acciona Healthcare Services S.L.* y *Orthem Servicios y Actuaciones Ambientales S.A.U.* con compromiso de constitución de UTE (*UTE Acciona-Orthem*) en caso de resultar adjudicatarias.

En sus ofertas presentaron declaraciones responsables del cumplimiento de requisitos de capacidad y solvencia técnica posponiendo la presentación de la documentación acreditativa de tales requisitos para el caso de resultar propuesta la adjudicación a su favor. Para integrar su solvencia técnica incluyeron declaraciones responsables de la Sociedad Concesionaria *Hospital del Norte SL*, y de *Messer Ibérica de Gases S.A.U.* comprometiéndose a participar en la ejecución de los trabajos necesarios para ejecutar el contrato si la *UTE Acciona-Orthem* resultaba adjudicataria.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 314 / Mayo 2023. LCSP / Reglamento de la Oficina de Supervisión de la Contratación.

ADS nº 314 / Mayo 2023. Modificación LCSP: revisión de precios públicos y prohibiciones de contratar.

ADS nº 314 / Mayo 2023. Exclusiones de ofertas de licitadores procedentes e improcedentes.

ADS nº 314 / Mayo 2023. Productos sanitarios: responsabilidad civil de representante en la UE.

ADS nº 313 / Abril 2023. La AN suspende prohibición de contratar y multa de 10.250.000 euros a Leadiant.

ADS nº 313 / Abril 2023. Disposiciones para el sector sanitario en la Ley de contratos de Aragón

ADS nº 313 / Abril 2023. Desconcentración de contratación y gestión económica en gerencias.

STS, Contencioso sección 3 del 02 de octubre de 2023 (ROJ: STS 3971/2023- ECLI:ES:TS:2023:3971)

Id. CENDOJ: 28079130032023100147

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid Sección: 3 Sentencia: 1209/2023
 Recurso: 825/2021 Fecha de Resolución: 02/10/2023
 Procedimiento: Recurso de Casación
 Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)
 Letrado de la Administración
 de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras
 Ponente: DIEGO CORDOBA CASTROVERDE
 Tipo de Resolución: Sentencia
 Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1209/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente
 D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
 D.ª María Isabel Perelló Doménech
 D. José María del Riego Valledor
 D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 2 de octubre de 2023.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, en su Sección Tercera, el recurso de casación número 825/2021, interpuesto por el Letrado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, contra la sentencia nº 478/2020, de 9 de noviembre dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en el procedimiento ordinario 234/2019, por la que estimó el recurso interpuesto por "Acciona Healthcare Services SL" contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales de 29 de marzo de 2019, por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto por "Acciona Healthcare Services SL" contra el Acuerdo del servicio murciano de salud de 12 de diciembre de 2018 por el que se declaró desierta la licitación en los lotes 1,3 y 4 y se adjudicó a CONTSE SA EL LOTE 2 del procedimiento de contratación convocado con relación "al servicio de terapias respiratorias domiciliarias y otra técnicas de ventilación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia".

Ha intervenido como parte recurrida la procuradora de los tribunales doña Elisa Carles Cano-Manuel, en nombre y representación de Acciona Healthcare Services, S.L., bajo la dirección letrada de don Carlos Ramón Melón Pardo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Letrado de la Comunidad Autónoma de Murcia interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia nº 478/2020, de 9 de noviembre de 2020 (rec. 234/2019) por la que estimó el recurso interpuesto por "Acciona Healthcare Services SL" contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales de 29 de marzo de 2019, por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto por "Acciona Healthcare Services SL" contra el Acuerdo del servicio murciano de salud de 12 de diciembre de 2018 por el que se declaró desierta la licitación en los lotes 1,3 y 4 y se adjudicó a CONTSE SA EL LOTE 2 del procedimiento de contratación convocado con relación "al servicio de terapias respiratorias domiciliarias y otra técnicas de ventilación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia".

La sentencia anuló la resolución del Tribunal administrativo central ordenando retrotraer actuaciones del expediente de contratación CSP/9999/1100812267/17/PA a la fase inmediatamente anterior a la exclusión de la oferta de "Acciona Healthcare Services SL" y de "Orthem Servicios y Actuaciones Ambientales SAU" a fin de que, previamente a la adjudicación, se requiera la subsanación de las deficiencias advertidas por el órgano de contratación que, de acuerdo con la resolución impugnada tienen carácter subsanable, teniendo en cuenta el objeto del contrato y, sin perjuicio de lo que resuelva la Administración a la vista de lo que resulte de dicho trámite de subsanación.

SEGUNDO. Mediante Auto de 25 de noviembre de 2021 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar 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 artículos 52 y 67.3 del Real Decreto Legislativo 1/2015, para poder llevar a cabo dicho suministro.

TERCERO. El recurso se interpone aduciendo, en síntesis, lo siguiente:

El Servicio Murciano de Salud convocó el 16 de enero de 2018 un concurso público para la contratación del "Servicio de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia". El concurso se dividía en lotes por Áreas de Salud en las que se prestaría el servicio. Dicho concurso presentaba, en lo que interesa para este recurso, dos particularidades: una consistía en que entre las prestaciones incluidas en el objeto del contrato se incluía la "Oxigenoterapia Domiciliaria" a los pacientes del Servicio Murciano de Salud para quienes se prescribiera este tratamiento; la otra consistía en que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares prohibía expresamente la subcontratación (apartado 23.1 del cuadro de características del Pliego-Tipo).

Respecto a la capacidad para contratar el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares exigía que los licitadores además de plena capacidad de obrar, desarrollen una actividad que tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y dispongan de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato, acumulando las uniones temporales de empresas las características acreditadas por cada uno de los integrantes de las mismas.

A dicho procedimiento concurrió, entre otros, la Acciona Healthcare Services, S.L. y Orthem Servicios y Actuaciones Ambientales S.A.U. con compromiso de constitución de UTE (UTE Acciona-Orthem) en caso de resultar adjudicatarias, las cuales realizaron, en sus ofertas, sendas declaraciones responsables del cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia técnica posponiendo la presentación de la documentación acreditativa de tales requisitos para el caso de resultar propuesta la adjudicación a su favor. Para integrar su solvencia técnica incluyeron sendas declaraciones responsables de la Sociedad Concesionaria Hospital del Norte, S.L. y de Messer Ibérica de Gases S.A.U. comprometiéndose a participar en la ejecución de los trabajos necesarios para ejecutar el contrato si la UTE Acciona-Orthem resultaba adjudicataria. La UTE Acciona-Orthem resultó seleccionada en los Lotes 1, 2 y 3 y tras ser

requerido presentó la documentación acreditativa de su capacidad y solvencia técnica.

La Subdirección General de Farmacia e Investigación de la Consejería de Salud informó que ninguna de las dos sociedades componentes de la UTE Acciona-Orthem tenía autorización como laboratorio farmacéutico o como almacén por contrato para la distribución de medicamentos ni se encontraba incluida como tercero en la autorización del laboratorio farmacéutico Messer Ibérica de Gases S.A.U. A la vista de lo anterior, a propuesta de la Mesa de Contratación, el Órgano de Contratación declaró desierta la adjudicación de los LOTES 1, 3 y 4 por entender que las sociedades componentes de la UTE Acciona-Orthem carecía de solvencia técnica para suscribir el correspondiente contrato.

La Comunidad de Murcia considera que la sentencia impugnada infringe los artículos 52 y 67.3 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, en relación con los artículos 1.5, 2.7 y 17 del Real Decreto 782/2013, de 11 de octubre, sobre distribución de medicamentos de uso humano.

Considera que para examinar esta infracción debe partirse de tres premisas:

a) La primera es que el contrato diseñado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares incluía la prestación de oxigenoterapia a los usuarios del Servicio de Salud.

b) La segunda es que el citado Pliego prohibía la subcontratación de cualquier parte del contrato lo cual implicaba que el licitador adjudicatario debía prestar directamente la oxigenoterapia domiciliaria.

c) Y, la tercera, que la UTE adjudicataria no contaba con la autorización los artículos 52 y 67.3 del Real Decreto Legislativo 1/2015, ni los componentes de la UTE estaban incluidos en la autorización de quien proponían como suministrador del oxígeno medicinal (Messer Ibérica de Gases, S.A.), ni este suministrador contaba con autorización para el suministro de oxígeno medicinal para uso no hospitalario (es decir, las autorizaciones de suministro eran sólo para uso Hospitalario).

La sentencia recurrida considera que las empresas adjudicatarias, aunque en el contrato se incluya la dispensación de gases medicinales, no resulta preciso contar con las autorizaciones de los artículos 52 y 67.3 del

Real Decreto Legislativo 1/2015; y, por otro, existe la posibilidad de subcontratación (en los casos analizados por aquellas resoluciones) de ese suministro con laboratorios, importadores o terceros autorizados. Y ello porque el objeto del contrato no era el suministro de oxígeno a pacientes ni la fabricación ni la comercialización de gases medicinales, sino la prestación de un servicio de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida.

Sin embargo, la Comunidad Autónoma discrepa de esta conclusión por las siguientes razones:

1º En primer lugar, es cierto que el contrato objeto de licitación era un contrato de servicios sanitarios por el cual el contratista debía proporcionar una pluralidad de prestaciones directamente a pacientes del Servicio Murciano de Salud que se detallan en la cláusula 3.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, pero entre estas prestaciones se incluía de manera inseparable la prestación de oxigenoterapia domiciliaria consistente en la administración de oxígeno a pacientes estables en situación de insuficiencia respiratoria crónica mediante diversas fuentes de suministro. En consecuencia, quien resultare seleccionado para llevar a cabo esa prestación de servicios sanitarios necesariamente debía contar con solvencia técnica para dispensar oxígeno domiciliario a los pacientes del Servicio de Salud, perceptores últimos de esta prestación incluida en el contrato.

2º En segundo lugar, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares prohibía expresamente la subcontratación. En consecuencia, la dispensación de gases medicinales, en este caso oxígeno medicinal, debía prestarla directamente el contratista sin posibilidad de trasladar a terceros los requisitos necesarios para llevar a cabo prestación.

3º En tercer lugar, el Pliego de Cláusulas Administrativas Técnicas, como recuerda la sentencia, advertía de la necesidad de que "el oxígeno medicinal deberá estar registrado como especialidad farmacéutica para su comercialización y deberán dispensarlo laboratorios titulares autorizados, según lo establecido con la Ley 29/2006, [...] y el Real Decreto 824/2010 [...] 2. Por tanto, contrariamente a lo que dice la sentencia recurrida, según los Pliegos no sólo el oxígeno medicinal debía estar registrado como especialidad farmacéutica sino que el dispensador debía contar con la condición de laboratorio titular autorizado según la Ley 29/2006" (entiéndase el Real Decreto Legislativo 1/2015) y el Real Decreto 824/2010.

4º En cuarto lugar, de los artículos 52 y 67.3 del Real Decreto Legislativo 1/2015 y de los artículos 1.5, 2.7 y 13 a 19 del Real Decreto 782/2013 que desarrollan la anterior disposición legal, resulta la necesidad de que los suministradores de gases medicinales cuenten con la correspondiente autorización para ello.

El apartado 1 del artículo 52 del Real Decreto Legislativo 1/2015 dispone que "los gases medicinales se consideran medicamentos y están sujetos al régimen previsto en esta ley, con las particularidades que reglamentariamente se establezcan". Este pronunciamiento es reconocido por la sentencia recurrida. El inciso final del punto 2 de este mismo artículo dice que: "a tales efectos (a los de distribución por parte de fabricantes, importadores y distribuidores), se entenderá por gases medicinales licuados el oxígeno líquido, nitrógeno líquido y protóxido de nitrógeno líquido así como cualesquiera otros que, con similares características y utilización, puedan fabricarse en el futuro".

El apartado 2 de ese mismo artículo establece que "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.6, que se refiere a la custodia, conservación y dispensación de medicamentos de uso humano, las empresas titulares, fabricantes, importadoras y comercializadoras de gases medicinales licuados podrán suministrarlos, conforme determinen las autoridades sanitarias competentes, a los centros de asistencia sanitaria, de atención social a los pacientes con terapia respiratoria a domicilio, así como a los establecimientos clínicos veterinarios legalmente autorizados".

Esta parte considera que esta parte de la redacción del artículo omite una conjunción "y" entre centros de asistencia sanitaria y centros de atención social y una preposición "a" entre centros de atención social y los pacientes con terapia respiratoria a domicilio. Esta consideración se basa en que, de no entenderse así, la redacción del artículo carece de sentido, porque no lo tiene afirmar que los gases medicinales "podrán suministrarlos [...] a los centros de atención social a los pacientes con terapia respiratoria a domicilio".

Si se suministran los gases medicinales a los centros de atención social no se suministran a los pacientes con terapia respiratoria a domicilio sino a los citados centros. Por eso esta parte interpreta este apartado en el sentido de que las empresas que obtienen los gases medicinales o los comercializan podrán suministrarlos a los centros de asistencia sanitaria, a los centros de atención social, a los pacientes con terapia respiratoria a domicilio y a los establecimientos clínicos veterinarios

legalmente autorizados, siempre conforme determinen las autoridades sanitarias competentes.

El artículo 67.3 del Real Decreto Legislativo 1/2015 confirma el acierto de la anterior interpretación cuando dispone que "la utilización de terceros por parte de un laboratorio o una entidad de distribución para la distribución de medicamentos deberá incluirse en la correspondiente autorización como laboratorio o entidad de distribución". De este artículo se deduce que los laboratorios o entidades de distribución, sin distinción, precisan de autorización y que, cuando utilicen a terceros para esa distribución, éstos también deben de estar incluidos en esa autorización.

El artículo 63.1 del Real Decreto Legislativo 1/2015 reafirma esta interpretación cuando dice que "a efectos de esta ley, las personas físicas o jurídicas que se dediquen a la fabricación de medicamentos o a cualquiera de los procesos que ésta pueda comprender, incluso los de fraccionamiento, acondicionamiento y presentación para la venta, deberán estar autorizadas previamente por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Esta autorización será asimismo necesaria para la importación y comercialización de medicamentos e incluso para el supuesto de que el medicamento se fabrique exclusivamente para su exportación. La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios hará pública la autorización así como sus modificaciones y la extinción de la misma".

El desarrollo reglamentario contenido en el Real Decreto 782/2013 también avala esta interpretación. En particular, el artículo 13.1 de esta norma reglamentaria dispone que "cada una de las entidades de distribución reguladas en este real decreto deberán disponer de autorización previa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 69 de la Ley 29/2006, de 26 de julio" (referencia que debe entenderse hecha al actual artículo 68 del Real Decreto Legislativo 1/2015). Añadiendo el artículo 13.3 que "para la inclusión de un tercero en la autorización de un almacén mayorista o de un laboratorio titular de la autorización de comercialización, este tercero deberá contar previamente con autorización como almacén por contrato, de acuerdo con lo establecido en este Real Decreto". En definitiva, el suministrador de gases medicinales de un servicio de terapia respiratoria domiciliaria necesariamente debe contar con autorización de la Agencia Española del Medicamento bien porque haya obtenido esa autorización para sí bien porque esté incluido en la autorización de un almacén mayorista o de un laboratorio titular de la autorización de comercialización. Y si ese suministro no

se puede subcontratar por prohibirlo el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el contratista debe necesariamente contar con esa autorización, ya sea propia ya sea por inclusión en la autorización de un almacén mayorista o de un laboratorio titular.

Por tanto, a juicio de esta parte, debe rechazarse la interpretación realizada por la sentencia recurrida y debe resolverse la cuestión con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en el sentido de declarar que "las empresas prestadoras de servicios de terapia respiratoria domiciliaria que incluyan el suministro de gases medicinales a los usuarios finales, sin posibilidad de subcontratación de esta prestación, precisan tener la condición y/o las autorizaciones previstas en los artículos 52, 63.1 y 67.3 del Real Decreto Legislativo 1/2015, para poder llevar a cabo dicho suministro".

Por todo ello solicita la estimación del recurso de casación y se anule la sentencia impugnada confirmando la resolución administrativa de 12 de diciembre de 2018 del Servicio murciano de salud que declaró desierta la adjudicación de los lotes 1, 3 y 4 del "Servicio de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia", al no reunir la UTE Acciona Healthcare Services, S.L. y Orthem Servicios y Actuaciones Ambientales S.A.U., propuesta como adjudicataria, los requisitos mínimos exigidos en los Pliegos ni en la normativa aplicable según el objeto contractual, que acreditaran suficientemente la habilitación empresarial o profesional precisa para ejecutar el contrato.

CUARTO. Por diligencia de ordenación de 18 de marzo de 2022 se declaró que habiendo transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida ACCIONA HEALTHCARE SERVICES, S.L. para oponerse al recurso sin que por la misma se haya presentado escrito alguno, se tiene por precluido el trámite de oposición respecto a dicha parte.

QUINTO. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 26 de septiembre de 2023, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente recurso de casación impugna la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Con-

tencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia nº 478/2020, de 9 de noviembre de 2020 (rec. 234/2019) por la que estimó el recurso interpuesto por "Acciona Healthcare Services SL" contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales de 29 de marzo de 2019.

La resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 12 de diciembre de 2018 declaró desierta la adjudicación de los lotes 1, 3 y 4 del "Servicio de Terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de Ventilación asistida en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia" por entender que las sociedades componentes de la UTE Acciona-Orthem carecían de solvencia técnica para suscribir el correspondiente contrato por cuanto no tenían autorización como laboratorio farmacéutico o como almacén por contrato para la distribución de medicamentos ni se encontraban incluidas como tercero en la autorización del laboratorio farmacéutico Messer Ibérica de Gases S.A.U. Considera que "ninguna de las dos empresas concurrentes en UTE figuran inscritas como empresas titulares, fabricantes, Importadora y comercializadoras de gases medicinales licuados, ni tampoco como laboratorios autorizados".

Interpretando los artículos 3.6 y 52.2 del Real Decreto Legislativo 1/2015 considera que la dispensación debe seguir realizándose por alguna de las entidades a que se refiere el artículo 3.6 de la norma, no ostentando tal naturaleza ninguna de las entidades excluidas de la licitación.

A la vista de lo anterior, a propuesta de la Mesa de Contratación, el Órgano de Contratación declaró desierta la adjudicación de los LOTES 1, 3 y 4.

SEGUNDO. La presente controversia se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión, en determinar si las empresas prestadoras de servicios de terapia respiratoria domiciliaria, 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 artículos 52 y 67.3 del Real Decreto Legislativo 1/2015, para poder llevar a cabo dicho suministro.

Tiene razón la sentencia impugnada cuando afirma que de los artículos 52.2 y 3.6 del Real Decreto Legislativo 1/2015 no se desprende los licitadores que optan a la adjudicación de este contrato de asistencia médica a domicilio tengan que ser un laboratorio farmacéutico o almacén para la distribución de oxígeno medicinal.

Varias son las razones que avalan esta afirmación.

En primer lugar, si bien el art. 3.6 del Real Decreto Legislativo 1/2015 reserva la dispensación de medicamentos de uso humano a las oficinas de farmacia y a los servicios de farmacia de los hospitales, en este caso el objeto del contrato no era el suministro o dispensación de productos médicos sino un contrato de prestación de servicios sanitarios a domicilio, aunque para su prestación resulta necesario administrar medicamentos previamente pautados por los facultativos médicos autorizados y adquiridos de una oficina de farmacia.

A diferencia de la dispensación y el suministro de medicamentos, la prestación del servicio de asistencia sanitaria domiciliaria implica la asistencia médica al paciente y la administración de los medicamentos pautados por el facultativo competente. Y así se establecía en el cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares, disponiendo que el objeto del contrato consiste en el "servicio para la realización de las prestaciones sanitarias de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida para los pacientes que residan en el ámbito de la comunidad autónoma de la región de Murcia y a los que el Servicio Murciano de Salud tenga el deber legal de prestar asistencia sanitaria, previa prescripción de sus facultativos autorizados, de acuerdo con las condiciones establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas". Lo cual concuerda con la prescripciones referidas a la dispensación domiciliaria de gases medicinales, al disponer el art. 61.3 del Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, que "La entrega directa a los pacientes en los casos de terapia a domicilio exigirá la presentación de la correspondiente orden médica debidamente cumplimentada por el facultativo prescriptor. Las condiciones específicas de dispensación se desarrollarán reglamentariamente".

En definitiva, una cosa es la dispensación de medicamentos por las oficinas de farmacias autorizadas y otra bien distinta la administración de ese medicamento al paciente previa prescripción de los facultativos competentes. Obviamente 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.

Por otra parte, y en segundo lugar, el Real Decreto legislativo 1/2015 en su artículo 52.2 establece una excepción a esta reserva de dispensación, específicamente prevista para los gases medicinales, disponiendo que "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.6, las empresas titulares, fabricantes, importadoras y comercializadoras de gases medicinales licuados podrán suministrarlos, conforme determinen las autoridades sanitarias competentes, a los centros de asistencia sanitaria, de atención social a los pacientes con terapia respiratoria a domicilio, así como a los establecimientos clínicos veterinarios legalmente autorizados". Siendo estos centros los que administran a los pacientes la terapia en la que se utilizan los gases medicinales, aunque no se trate de oficinas de farmacia, como es el caso que nos ocupa cuando se trata de una asistencia médica a domicilio.

Debe recordarse a este respecto que, entre las prestaciones previstas, independientemente del dispositivo o fuente de suministro de cada una de ellas, se encuentra la "oxigenoterapia domiciliaria" consistente en la administración de oxígeno a pacientes en situación de insuficiencia respiratoria crónica mediante diversas fuentes de suministro. La terapia respiratoria está contemplada como integrante del servicio público sanitario en el apartado 5.2.15 del Anexo III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

Procede, por tanto, desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia impugnada.

TERCERO. Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.

En respuesta a la cuestión de interés casacional delimitada en el Auto de admisión consistente en determinar si las empresas prestadoras de servicios de terapia respiratoria domiciliaria 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 artículos 52 y 67.3 del Real Decreto Legislativo 1/2015, para poder llevar a cabo dicho suministro. Debe afirmarse lo siguiente:

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. Obviamente 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.

CUARTO. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico tercero:

Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Murcia contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia nº 478/2020, de 9 de noviembre de 2020 (rec. 234/2019), que se confirma sin imponer las costas de este recurso de casación a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

El Proyecto de ley de la Agencia Estatal de Salud Pública, al Congreso de los Diputados

Redacción. El Consejo de Ministros aprobó el 30 de enero el proyecto de ley que crea la *Agencia Estatal de Salud Pública* (AESAP), norma que tiene como objetivos vigilar, identificar y evaluar el estado de salud de la población, así como reconocer los problemas, amenazas o riesgos que pueden surgir en materia de salud pública, prestando especial atención a las desigualdades en salud.

El proyecto de ley se tramitará en las Cortes Generales para que debatan e introduzcan enmiendas al texto que regulará, además de los objetivos antes citados, la información y comunicación pública sobre la salud de la población y los riesgos que puedan afectarla, la coordinación de actividades de preparación y respuesta ante crisis y emergencias sanitarias en línea con la Estrategia de Seguridad Nacional, el refuerzo de la coordinación con los servicios de salud pública y los servicios asistenciales de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla.

La norma contemplará el refuerzo de las capacidades, la orientación y soporte para el ejercicio de las actuaciones de salud pública de las administraciones públicas y la sociedad civil, con especial atención a los determinantes sociales de la salud y las desigualdades sociales en salud, entre otras, a través del asesoramiento y la formulación de propuestas técnicas y científicas en materia de promoción y protección de la salud y prevención de la enfermedad. La evaluación y seguimiento del resultado en salud de las políticas y estrategias sanitarias; la participación en la elaboración de intervenciones en materia de salud pública; el impulso de la capacitación, investigación y de la innovación en materia de salud pública, son otros objetivos trazados en el proyecto de ley.

NO AFECTA A ÓRGANOS

Acuerdo para adoptar el futuro reglamento UE de calidad de la sangre y tejidos humanos

Redacción. Los Estados miembros de la UE, la Comisión Europea y el Parlamento Europeo han alcanzado un acuerdo sobre el texto común, eminentemente técnico, del futuro Reglamento Europeo de normas de calidad y seguridad de las sustancias de origen humano. La norma establecerá requisitos comunes para garantizar la calidad, la seguridad y la efectividad de sustancias que se utilizan para el tratamiento de miles de pacientes en la UE y para reconocer en todo momento su origen único – el ser humano – a través de medidas orientadas a la protección de los donantes.

El Reglamento deroga la Directiva europea sobre la sangre y sus componentes y la de células y tejidos, ambas en vigor desde hace más de 20 años. Será el marco legislativo común para todas las sustancias de origen humano, dejando fuera exclusivamente a los órganos, regulados por la Directiva 2010/53/UE.

El principal objetivo del Reglamento es lograr una mayor protección de los donantes y receptores, y de y la descendencia procedente de la reproducción humana asistida. Con respecto a la protección del donante, el Reglamento consolida el principio de donación voluntaria y no remunerada.

Dará cobertura no solo a la sangre y sus componentes, los tejidos y las células humanas reproductoras y no reproductoras, sino también a otras sustancias que no estaban cubiertas por las Directivas actuales, como la leche materna o la microbiota, cuya obtención, procesamiento y aplicación clínica quedarán bajo esta nueva regulación.

Si bien las Directivas actuales ya establecen el carácter no remunerado de la donación, no detallan la implementación práctica de este principio. Se consolida en el texto el principio de donación vo-

luntaria y no remunerada, pero si los Estados establecen un **sistema de compensación al donante**, las condiciones de dicha compensación tendrán que detallarse en la legislación nacional y habrán de aplicarse de manera que, en ningún caso, generen una ganancia económica al donante. Con ello se pretende garantizar el respeto por el derecho a la dignidad de la persona, en línea con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, y evitar la explotación de personas en situaciones de vulnerabilidad.

En cuanto a la protección del receptor (tanto de sustancias de origen humano, como de medicamentos o productos sanitarios desarrollados a partir de aquéllas) y la descendencia procedente de la reproducción humana asistida, el Reglamento introduce disposiciones orientadas a identificar, minimizar o eliminar riesgos relacionados con la evaluación y la selección del donante, la colecta, el procesamiento, el almacenamiento o su distribución, entre otros.

Guías técnicas de referencia

Reconoce como Guías técnicas de referencia las elaboradas por el Centro Europeo para el Control de Enfermedades (ECDC, por sus siglas en inglés) y la Dirección Europea para el Control de los Medicamentos y los Servicios Sanitarios del Consejo de Europa (EDQM, por sus siglas en inglés), eliminando los requisitos técnicos contenidos en las Directivas actuales para así permitir una rápida adaptación del sector a los avances científico-técnicos. Será obligatorio seguir un **procedimiento común para evaluar y autorizar nuevos preparados** con sustancias de origen humano sometidos a nuevas formas de procesamiento o utilizados con nuevas indicaciones clínicas, lo que incluirá el desarrollo de planes de monitorización y estudios clínicos diseñados en función de los riesgos potenciales vinculados a la innovación, antes de su incorporación a la práctica asistencial. Las entidades que se dediquen a actividades con sustancia de origen humano deberán designar un responsable de calidad, requieren de autorización específica y serán inspeccionadas por las autoridades. Además, deberán contar con un responsable de liberación de sustancias y contar con un facultativo.

Financiación de España a la OMS para su actividad político normativa sobre trasplantes

ADS. El Boletín Oficial del Estado del 27 de enero publica el *Acuerdo internacional administrativo, para el período 2023-2024, entre el Ministerio de Sanidad del Reino de España y la Organización Mundial de la Salud, para llevar a cabo actividades de cooperación en materia de donación y trasplante de órganos, células y tejidos humanos, al amparo del Acuerdo Marco de Cooperación entre el Reino de España y la Organización Mundial de la Salud de 12 de septiembre de 2001, hecho en Madrid y Ginebra el 12 de diciembre de 2023.*

Su finalidad es reforzar la capacidad de los Estados miembros para incrementar el acceso de la población a la terapia del trasplante, mejorar la calidad y la seguridad de órganos, tejidos y células para su uso clínico en humanos, y velar por el cumplimiento de los *Principios rectores de la OMS sobre Trasplante de Células, Tejidos y Órganos Humanos*.

Mediante este Acuerdo España realizará una contribución financiera a la OMS de 320.000 euros para el desarrollo de este acuerdo de carácter administrativo de actividades relacionadas con la regulación y la política de productos sanitarios de la OMS para atender la finalidad antes descrita. La OMS destinará los 320.000 euros entre noviembre de 2023 y octubre de 2024 a sueldos de personal y consultorías de expertos que procedan y al establecimiento de normas, criterios y directrices, e información sobre problemas de ámbito mundial. Así, se realizarán documentos normativos sobre la realización de donaciones y trasplantes de tejidos humanos de forma ética, adecuada y sostenible; sobre la implantación de la gestión y supervisión de los sistemas nacionales de trasplantes, y una evaluación para medir la capacidad de los países para instaurar sistemas de donación-trasplante.

LABORALES / 55.000 TRABAJADORES

Acuerdo de condiciones de trabajo en el ICS con aumentos retributivos y menor jornada

ADS. El Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña del 23 de enero de 2024 publica la *Resolución EMT/74/2024, de 12 de enero, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad, de 22 de noviembre de 2023, de mejora de las condiciones de trabajo, aplicación temporal y redacción definitiva del III Acuerdo de condiciones de trabajo del personal estatutario del Instituto Catalán de la Salud (ICS) (código de convenio núm. 79100162132024).*

La norma afecta a cerca de 55.000 trabajadores del Instituto Catalán de la Salud (ICS) de hospitales y atención primaria, que se beneficiarán del tercer Acuerdo de condiciones de trabajo del personal estatutario para los próximos cuatro años, que destinará 320 millones de euros.

En menos de un año, se han mejorado las condiciones económicas y laborales de 140.000 profesionales de la salud a través de este Acuerdo y el del *III Convenio laboral del Sistema sanitario integral de utilización pública de Cataluña (SISCAT)*, al que se dotó de 460 millones de euros.

Entre las medidas adoptadas destacan las siguientes:

- A quienes se incorporen al ICS, se les reconocerá la carrera profesional del resto del sistema.
- Se incrementa el precio de las guardias de los días especiales de Navidad y Año Nuevo un 100% para todos los colectivos.
- Se extiende la carrera profesional a todo el colectivo del ICS, fijo o eventual.

Para el personal médico:

- El personal especialista incrementa su retribución en 1.000 euros.

- Se crea un complemento para el médico senior para cuando deje de hacer guardias, que va de los 1.000 a los 3.000 euros anuales.

- Aumenta el precio de la guardia presencial un 30% de media y se garantiza el descanso después de la guardia de 24 horas en una jornada laboral.

- Se regulan las guardias de llamada o localizadas: se fija su abono según la disponibilidad y la activación. Se garantiza la exoneración a los médicos de mayor edad.

Para el personal de enfermería:

- Se incrementa el sueldo fijo en 1.700 euros anuales.

- Se reconoce la categoría de especialidad en enfermería con 1.500 euros anuales en la carrera profesional.

- Se reconoce la carrera profesional obtenida en el área de críticos, anestesia, quemados y quirófanos con una mejora de 1.000 euros anuales.

- La formación especializada en el área médico-quirúrgica en general se reconoce en la carrera profesional con una mejora de 750 euros anuales.

- Se crea un complemento para el personal enfermero que trabaje a turnos y dé cobertura las 24 horas del día por un importe máximo de 450 euros anuales.

Para el resto de colectivos:

- El complemento específico del grupo A2 sanitario (como los fisioterapeutas, las trabajadoras sociales y el resto de profesionales) se homologa al sector concertado con 1.700 euros anuales.

- Los auxiliares administrativos tendrán carrera profesional con un incremento de entre 300 y 800 euros anuales.

- Se mejora el complemento de noche de los sábados y domingos de todos los colectivos que prestan servicios en jornada ordinaria.

Para todos los colectivos no médicos se revertirán los recortes con la reducción de la jornada anual en 43 horas. Se unifica la **jornada ordinaria anual** del personal médico y del resto del personal facultativo estatutario, ya sea de servicios jerarquizados o de atención primaria, que será para todos ellos de 1642 horas anuales efectivas. Se transforma la jornada en hospitales de 1728 a 1642 horas anuales.

4 de enero de 2024

Plan nacional contra el radón

Se aprueba el Plan Nacional contra el Radón con el objetivo de proteger la salud del conjunto de la población, y los trabajadores en particular, frente a los riesgos de la exposición a este elemento químico en forma gaseosa. El Plan describe los riesgos derivados de la exposición al mismo, analiza la situación en España con respecto a las medidas de protección y recoge las estrategias y actuaciones que se desarrollarán por las distintas administraciones durante un periodo de 5 años, para el control del riesgo para la salud de la población derivado de la exposición al gas.

Programa nacional de control de la contaminación atmosférica

Se aprueba la actualización del Programa Nacional de Control de la Contaminación Atmosférica 2023-2027 (PNCCA- 2023), que permitirá reducir de manera muy significativa los niveles de contaminación de compuestos y sustancias muy nocivas para la salud, en cumplimiento de los compromisos establecidos para España en la Directiva de Techos Nacionales de Emisión para 2030. El plan establece un total de 61 medidas dirigidas a todos los sectores contaminantes necesarias para alcanzar esta meta, y proteger la salud de las personas y de los ecosistemas. Se recogen un total de 57 medidas sectoriales y 4 medidas objetivo.

16 de enero de 2024

Prohibición del tabaco calentado con aromas

Se aprueba el real decreto que regula determinados aspectos relativos a la fabricación, presentación y comercialización de los productos del tabaco y los productos relacionados. Se prohíbe la venta del tabaco calentado que contiene aromas y se obliga a que en el etiquetado figuren las advertencias de que el tabaco es perjudicial para la salud. Se amplía la prohibición de comercializar productos del tabaco con aroma característico o que contengan aromatizantes en sus componentes (como filtros, papeles para fumar, envases o cápsulas), o cualquier otra técnica que permita modificar el olor sabor de los productos del tabaco, o intensificar el humo a los productos del tabaco calentado. Además, los filtros, papeles y cápsulas no podrán contener tabaco, ni nicotina.

780 millones de multas por decisiones de competencia en el sector farmacéutico UE

ADS. El Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo titulado "Actualización de la aplicación de las normas de competencia en el sector farmacéutico 2018- 2022", fechado en 26 de enero de 2024, presenta un resumen del modo en que la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros de la UE aplicaron las normas de defensa de la competencia y sobre control de concentraciones en lo que respecta a los medicamentos y otros productos médicos concretos durante el período 2018-2022.

También contiene información sobre cómo el derecho de la competencia de la UE sirvió para proteger a las empresas y a los consumidores durante el complejo período de la crisis de Covid 19.

Las autoridades europeas adoptaron conjuntamente veintiséis decisiones de defensa de la competencia relacionadas con medicamentos. Dieron lugar a sanciones (con multas por un valor aproximado de 780 millones de euros) o a compromisos vinculantes para subsanar prácticas contrarias al derecho de defensa de la competencia. Algunas se refieren a prácticas contrarias a la competencia que nunca antes se habían abordado en el marco del derecho de la competencia de la UE. Estos precedentes ofrecen una orientación a los operadores de la industria sobre cómo garantizar que cumplen las normas de competencia de la UE.

En el período 2018-2022, las autoridades europeas de competencia también investigaron más de cuarenta asuntos farmacéuticos que se cerraron sin decisiones de infracción ni de compromiso y en la actualidad se están examinando treinta asuntos de posibles infracciones contrarias a la competencia en el sector farmacéutico.

'Adquisición pública de medicamentos: superando la barrera de la burocracia'

ADS. Fruto de su "brillante" trabajo doctoral (en palabras del reputado catedrático José María Gimeno Feliu), Antonia Olivares Ortal, directora jurídica del Consorcio Sanitario de Tarrasa, ha publicado el libro 'Adquisición pública de medicamentos: superando la barrera de la burocracia' (Colex, 2023, 534 páginas, ISBN: 978-84-1194-230-0).

Olivares es Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, Máster en Contratación Pública y Doctora en Derecho. En el año 2022 fue galardonada con el decimoséptimo *Premio Derecho y Salud 2022* al mejor trabajo de estudio de investigación sobre Derecho Sanitario, convocado por la *Asociación Juristas de la Salud*.

La autora considera que contemplar la adquisición de medicamentos o vacunas o servicios de tecnología innovadora por el Sistema Nacional de Salud como un modelo de compra de suministro ordinario y regido sólo por el precio es una visión errónea que se aleja de los principios regulatorios del Derecho de la salud y que implica desconocer la realidad singular del mercado de los fármacos.

Afirma que el acceso a medicamentos debe hacerse en condiciones de igualdad garantizando el uso racional y el crecimiento sostenido de las necesidades de prestación farmacéutica; ahora bien, ninguna política de racionalización debería implicar la sustitución del fármaco prescrito. La doctrina de los Tribunales administrativos de recursos contractuales es la fuente primaria y el hilo conductor de su investigación al objeto de señalar sus aspectos más conflictivos y formular propuestas de mejora o reforma. El principal valor, en palabras de la autora, es la sistematización de las resoluciones de los tribunales efectuadas entre el 1 de enero de 2012 y el 15 de octubre del 2021, y alguna otra posterior significativa.

En su trabajo señala como una cuestión controvertida la concurrencia a la licitación pública de medicamentos no autorizados para su comercialización en España aunque sí en países de la Unión Europea, cuestión que ha sido zanjada por los tribunales al no distinguir el ámbito geográfico y permitir la participación de los medicamentos no autorizados en España y sí en otros países europeos.

No menos conflictivo, dice Olivares, es el Sistema Andaluz de subasta para el aprovisionamiento de medicamentos en oficinas de farmacia, ya que ofrecer un listado cerrado de medicamentos previamente elegidos y adjudicados por la Administración sanitaria, con las dudas que genera en torno a la desigualdad, al desabastecimiento y otros.

Señala también como cuestión controvertida la *lotificación* del medicamento y el difícil encaje que supone la licitación de medicamentos biosimilares y biosimilares de forma conjunta, que los tribunales han resuelto considerando lícita y necesaria la adjudicación a varios laboratorios cuando su objeto sea permitir la continuación de tratamientos ya iniciados con el mismo medicamento pautado.

La división del medicamento en lotes generalmente provoca problemas, ya que los laboratorios tienden a impugnar los pliegos de condiciones cuando se licita un medicamento que sirve para tratar una enfermedad sin distinción de principios activos, lo que es particularmente espinoso cuando se trata de medicamentos que no pueden ser sustituidos. La contratación pública de vacunas también le parece a la autora especialmente significado por conflictos relacionados con el principio de equivalencia entre las existentes y el uso del negociado sin publicidad que se suele utilizar habitualmente.

La cuestión más problemática desde la perspectiva de los principios básicos de la contratación pública, según Olivares, es el aprovechamiento de moléculas exclusivas y el juego de las patentes farmacéuticas.

Su trabajo se divide en tres partes, en la primera trata las bases conceptuales del medicamento, en la segunda analiza los aspectos conflictivos de su contratación y en la tercera la protección de la innovación y los nuevos retos en la adquisición-

Reseñas

'Mala praxis dental', novedad editorial del Dr. Corpas Pastor

ADS. Publicamos a continuación reseña del abogado **Fernando Álvarez Cañete** sobre la nueva obra del Dr. Luis Corpas Pastor, Doctor en Derecho y en Odontología (CORPAS PASTOR, LUIS, 2023. *Mala Praxis Dental, Colección Estudios. Aranzadi*, Navarra, 247 págs. ISBN: 978-84-1125-454-0):

"El libro 'Mala Praxis Dental', de Luis Corpas Pastor, es una obra exhaustiva que aborda con profundidad la problemática de la mala praxis en el ejercicio profesional de la odontología. El autor aúna dos doctorados, uno en Derecho y otro en Odontología, así como la posición de Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Málaga. Presenta una obra que fusiona de manera magistral el análisis jurídico con la experiencia clínica ofreciendo así una visión integral del tema.

La estructura del libro refleja una cuidadosa planificación, dividiendo el contenido en capítulos que van desde la introducción general sobre los riesgos derivados de la asistencia dental hasta capítulos específicos sobre diversas áreas de la odontología, como Implantología, Prótesis, Cirugía Oral, Ortodoncia, Periodoncia y Endodoncia.

Cada capítulo se desenvuelve de manera coherente, abordando aspectos clave relacionados no solo con la responsabilidad profesional, que aborda de forma tangencial, sino sobre todo con uno de los elementos clave de la misma: la "lex artis" y, sobre todo, la positivación de la mala praxis indicando exactamente dónde puede identificarse ésta.

Es decir, este libro resalta aquellas actividades que "inexcusablemente" debe realizar el odontólogo en cada campo, con una orientación eminentemente procesal, encaminada a proporcionar al operador jurídico una información exhaustiva de los componentes de la actividad diligente del profesional, uno

de los ejercicios más difíciles para el operador jurídico, casi siempre desconocedor de esos aspectos.

Este concepto se encuentra intrínsecamente vinculado al marco jurídico que rige los tratamientos dentales, en especial a la luz de lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil. De acuerdo con este artículo, una vez que se ha otorgado el consentimiento sobre el objeto y la causa de un tratamiento dental, surgen obligaciones según lo dispuesto en el artículo 1089. El contrato resultante no solo impone obligaciones expresamente pactadas, sino que también obliga "a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

El enfoque que realiza brillantemente el autor, centrando no solo la información sino cada una de las actividades diligentes que debe realizar el odontólogo en cada una de esas áreas de su actividad profesional; resalta la evolución continua y la adaptación de las normas profesionales en el ámbito de la odontología contemporánea.

Desde esta perspectiva, la **inclusión del consentimiento informado en el contrato** no solo se percibe como una formalidad, sino como un componente esencial que establece las bases legales para las obligaciones derivadas de la relación entre el profesional de la odontología y el paciente.

La mención específica de la "nova lex artis" dental destaca la importancia de reconocer y ajustarse a las normas emergentes y cambiantes en la práctica odontológica.

Este enfoque no solo fortalece la posición del paciente al garantizar una comprensión adecuada y transparente de los procedimientos, sino que también sitúa a los profesionales en una posición más sólida en términos legales, al adecuarse a los estándares contemporáneos de la profesión.

La introducción del concepto de "nova lex artis" junto con la positivación de otras obligaciones "inexcusables" de la práctica dental actual, subrayan la interconexión entre los aspectos jurídicos y profesionales en la odontología. Este planteamiento no solo refleja una evolución en las prácticas normativas, sino que también refuerza los cimientos legales

que sustentan las obligaciones surgidas de la prestación de servicios odontológicos, destacando así la importancia de adaptarse a los cambios constantes en la normativa profesional y legal.

El análisis de la jurisprudencia en el campo de la odontología, incluyendo casos menores, ofrece al lector una comprensión práctica de cómo los tribunales han interpretado y aplicado las leyes en situaciones de presunta mala praxis.

Este enfoque en la jurisprudencia brinda una valiosísima perspectiva sobre la aplicación práctica de los principios legales discutidos a lo largo del libro, puesto que es en los tribunales de primera y segunda instancia donde la casuística jurisprudencial es más nutrida, y, a nuestro juicio, este libro constituye una aportación doctrinal de excelencia en un campo muy poco estudiado, pero que el autor domina.

Corpas Pastor aborda la complejidad de probar la mala praxis dental, destacando la dificultad que tienen los jueces al evaluar si la actuación del dentista ha sido negligente, imprudente o incompetente. La obra subraya la importancia de los informes periciales y destaca la variabilidad en las conclusiones periciales, subrayando la necesidad de considerar la especificidad de cada caso.

La propuesta de positivación jurídica del contenido de la "lex artis" dental, presentada en el epílogo, agrega un elemento innovador a la obra. Corpas Pastor aboga por la codificación de ciertos estándares en la práctica odontológica, proporcionando así un marco claro para evaluar la responsabilidad profesional.

En conclusión, "Mala Praxis Dental" resulta una obra esencial para aquellos que buscan comprender la complejidad legal y clínica de la mala praxis en odontología.

La combinación única de conocimientos jurídicos y odontológicos del autor, respaldada por un análisis doctrinal y jurisprudencial actual y de forma exhaustiva, hace de este libro una contribución valiosa al derecho civil práctico en este campo tan particular".

F. Álvarez Cañete
Abogado.

Breves

Cirugía estética, a la cabeza de reclamaciones según *El Defensor del Paciente*

Las denuncias por presuntas negligencias disminuyeron en 1.504 casos en 2023, alcanzando un total de 12.071 reclamaciones, según *El Defensor del Paciente*. De estas presuntas negligencias 602 tuvieron un desenlace fatal, aunque en este supuesto también se ha reducido su número en 97 casos.

Las circunstancias más habituales se han producido por mala praxis: intervenciones mal realizadas, altas precipitadas, atención deficiente, infecciones hospitalarias, retrasos en ambulancias, etc. Las principales causas son el error de diagnóstico y la pérdida de oportunidad terapéutica. En 2023, se reclamaron 33 casos al día de mala praxis. Uno de los servicios con un número importante de quejas es la especialidad de cirugía estética. Se recibieron un total de 286 reclamaciones con resultado insatisfactorio, 47 menos que el año pasado.

Acceso por familiares y allegados al fallecido a su historia clínica / Interés casacional

Un Auto del Tribunal Supremo admite a trámite, por interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, un recurso para determinar si las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, pueden dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de éste con la finalidad de acceder a la historia clínica en ejercicio del derecho del afectado a exigir al responsable del fichero una prestación de hacer consistente en la mera exhibición de sus datos y, en su caso, su rectificación o cancelación, así como determinar si en este caso es competente para sancionar la autoridad catalana de protección de datos. La demandante en el proceso, *SSR Hestia* (grupo sociosanitario con 14 centros en el territorio nacional), fue multada con 40.000 euros por la *Autoridad Catalana de Protección de Datos* por una infracción grave del artículo 44.3.e) LOPD, por lo que recurre ante el Supremo para que se pronuncie al respecto.

Auto del Tribunal Supremo. Contencioso, del 13 de diciembre de 2023 (ROJ: ATS 16863/2023 - ECLI:ES:TS:2023:16863A).

Sanidad pone en marcha el catálogo común de pruebas genéticas

El catálogo común de pruebas genéticas afecta a ocho grupos de enfermedades y se incluirán 12 grupos más. Posteriormente, se irá actualizando de forma periódica. En la elaboración del catálogo han participado más de 100 profesionales de las Comunidades Autónomas, sociedades científicas implicadas, el Instituto de Salud Carlos III y la Red Española de Evaluación de Tecnologías y Prestaciones Sanitarias del SNS. La primera parte de catálogo de pruebas genéticas fue aprobada por el Consejo Interterritorial del SNS el 23 de junio del 2023.

Plan de urgencias y horarios mínimos de farmacias de la Región de Murcia

La Consejería de Salud de la Región de Murcia ha publicado el plan de turnos de urgencias y horarios mínimos de 580 farmacias. La Consejería ha autorizado la ampliación de horario de 224 oficinas de farmacia, a fin de favorecer la atención continuada en la dispensación de medicamentos a los ciudadanos. El pasado 3 de enero, el Boletín Oficial de la Región de Murcia (BORM) publicó el Plan, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2024.

Estrategia de cáncer de Andalucía

El Consejo de Gobierno de Andalucía ha tomado conocimiento de las actuaciones de la Consejería de Salud desde la aprobación de la Estrategia de Cáncer en junio de 2021. Se han invertido más de 50 millones de euros en prevención, promoción y diagnóstico precoz; atención del cáncer en adultos y en el infantil y adolescente; humanización de la atención sanitaria al paciente oncológico, así como en la renovación de la aplicación del Registro Poblacional del Cáncer en Andalucía.

Servicios y botiquines farmacéuticos en zonas escasamente pobladas

Castilla La Mancha asignará una cuantía máxima de 10.000 euros por la instalación de botiquines en zonas escasamente pobladas. Se beneficiarán un total de 88 núcleos de población, pertenecientes a 69 municipios. Cantabria potenciará los servicios farmacéuticos en municipios en riesgo de despoblamiento. El Gobierno cántabro destinará casi un 18 % más al sistema personalizado de dosificación de medicamentos, que da cobertura 157 pacientes mayores y polimedcados de estas zonas.

UNIÓN EUROPEA

Complementos alimenticios

Reglamento (UE) 2024/346 de la Comisión, de 22 de enero de 2024, por el que se modifican el anexo II del Reglamento (CE) n.o 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y el anexo del Reglamento (UE) n.o 231/2012 de la Comisión en lo relativo al uso de dicitrato de trimagnesio en complementos alimenticios.

DOUE L, 2024/346, 23.01.2024.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Acuerdo internacional en materia de donación y trasplante de órganos

Acuerdo internacional administrativo, para el período 2023-2024, entre el Ministerio de Sanidad del Reino de España y la Organización Mundial de la Salud, para llevar a cabo actividades de cooperación en materia de donación y trasplante de órganos, células y tejidos humanos, al amparo del Acuerdo Marco de Cooperación entre el Reino de España y la Organización Mundial de la Salud de 12 de septiembre de 2001, hecho en Madrid y Ginebra el 12 de diciembre de 2023. Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación (BOE 24 de 27/01/2024)

Control sanitario aduanero, comercio exterior

Resolución de 11 de enero de 2024, de la Dirección General de Salud Pública y Equidad en Salud, por la que se corrigen errores y se modifica la de 15 de diciembre de 2023, por la que se modifican los anexos I y II de la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 20 de enero de 1994, por la que se fijan modalidades de control sanitario de productos de comercio exterior destinados a uso y consumo humano y los recintos aduaneros habilitados para su realización. Ministerio de Sanidad (BOE 16 de 18/01/2024).

Resolución de 15 de diciembre de 2023, de la Dirección General de Salud Pública y Equidad en Salud, por la que se modifican los anexos I y II de la Orden de 20 de enero de 1994, del Ministerio de Sanidad y Consumo, por la que se fijan modalidades de control sanitario de productos de comercio exterior destinados a uso y consumo humano y los recintos aduaneros habilitados para su realización. Ministerio de Sanidad (BOE 5 de 05/01/2024).

Estatutos de Euro Bioimaging ERIC

Estatutos de las infraestructuras de investigación europeas para las tecnologías de obtención de imágenes en ciencias biológicas y biomédicas como consorcio de infraestructuras de investigación europeas (Euro-Bioimaging ERIC). Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación (BOE 15 de 17/01/2024).

Productos del tabaco y relacionados

Real Decreto 47/2024, de 16 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 579/2017, de 9 de junio, por el que se regulan determinados aspectos relativos a la fabricación, presentación y comercialización de los productos del tabaco y los productos relacionados. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes (BOE 15 de 17/01/2024).

ANDALUCÍA

Presupuestos de Andalucía

Ley 12/2023, de 26 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2024 (BOJA de 29 de diciembre de 2023).

Plan de inspección de servicios sanitarios 2023

Orden de 19 de diciembre de 2023, por la que se aprueba el Plan Anual de Inspección de Servicios Sanitarios para el año 2024.

Uso obligatorio de mascarillas en hospitales y centros de atención primaria

Orden de 11 de enero de 2024, por la que se adoptan medidas de salud pública en aplicación de la Orden Comunicada de la Ministra de Sanidad de 10 de enero de 2024, mediante la que se aprueba declaración de actuaciones coordinadas en salud pública, estableciendo la obligatoriedad del uso universal de mascarilla en centros sanitarios asistenciales (hospitales y atención primaria). BOJA Extraordinario del 1 de enero de 2024.

ARAGÓN

Acreditación enfermera para indicación y dispensación de medicamentos

RESOLUCIÓN de 16 de enero de 2024, del Director General de Asistencia Sanitaria y Planificación, por la que se acredita al personal de enfermería que lo ha solicitado a través de los Colegios Oficiales de Enfermería de Huesca, Teruel o Zaragoza, para la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano. BOAR, 25 de enero de 2024.

Normas para la constitución del Consejo Aragonés de los Consumidores y Usuarios

Orden EEI/34/2024, de 10 de enero, por la que se modifica la Orden de 19 de septiembre de 2000, del Departamento de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, por la que se desarrollan las normas para la constitución del Consejo Aragonés de los Consumidores y Usuarios y su funcionamiento (BOA de 22 de enero de 2024).

Uso de mascarillas en los centros sanitarios

Orden SAN/1/2024, de 8 de enero, relativa al uso de mascarillas en los centros sanitarios, sociosanitarios y centros de servicios sociales especializados de Aragón (BOA de 9 de enero de 2024).

Gestión urgente de procedimientos con cargo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia

Decreto 299/2023, de 27 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica el Decreto 5/2022, de 26 de enero, del Gobierno de Aragón, de medidas para impulsar la gestión urgente y coordinada de los procedimientos financiados con cargo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR) en ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) (BOA de 5 de enero de 2024).

Registro de Atención Sanitaria Especializada

Orden SAN/1950/2023, de 22 de diciembre, por la que se regula el Registro de Atención Sanitaria Especializada en la Comunidad Autónoma de Aragón (RAE-CMBD) (BOA de 4 de enero de 2024).

Estudios observacionales con medicamentos

Orden SAN/1951/2023, de 22 de diciembre, por la que se regulan los procedimientos y requisitos para la realización de estudios observacionales con medicamentos en la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA de 4 de enero de 2024).

BALEARES

Complemento de plazas de difícil cobertura

Acuerdo del Consejo de Gobierno de 5 de enero de 2024 por el que se determina la cuantía económica de determinadas plazas de muy difícil cobertura en el Área de Salud de Menorca del Servicio de Salud de las Illes Balears. *BOIB, 6 de enero de 2024*. Se reconoce en concepto de complemento para las plazas de especialidad de aparato digestivo del Área de Salud de Menorca, declaradas por Acuerdo de 22 de diciembre de 2023, como de muy difícil cobertura, la suma de noventa y cuatro (94) euros al mes, desde enero de 2024 hasta el mes de diciembre de 2027.

CANTABRIA

Plan de residuos

Decreto 194/2023, de 29 de diciembre, por el que se prorroga la eficacia del Plan de Residuos de la Comunidad Autónoma de Cantabria 2017-2023 (BOCA de 30 de diciembre de 2023).

CASTILLA LA MANCHA

Obligatoriedad del uso de mascarillas en centros sanitarios asistenciales

Resolución de 22/01/2024, de la Secretaría General, por la que se determina el cambio de situación de obligatoriedad del uso de mascarillas en centros sanitarios asistenciales (hospitales y atención primaria) a una situación de recomendación de uso (DOCM 23.01.2024).

CASTILLA Y LEÓN

Planes de gestión de la sanidad animal

Orden AGR/36/2024, de 15 de enero, por la que se establecen las disposiciones aplicables a la ejecución, en el ámbito de Castilla y León, de los planes y programas relativos a la gestión de la sanidad animal (BOCYL de 26 de enero de 2024).

Prestaciones de dependencia

Orden FAM/26/2024, de 17 de enero, por la que se modifica la Orden FAM/6/2018, de 11 de enero, por la que se regulan las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en Castilla y León, el cálculo de la capacidad económica y las medidas de apoyo a las personas cuidadoras no profesionales (BOCYL de 22 de enero de 2024).

Declaración de actuaciones coordinadas de salud pública

ACUERDO 1/2024, de 11 de enero, de la Junta de Castilla y León, por el que se da publicidad, para general conocimiento y por ser de obligado cumplimiento, a la Orden comunicada de la Ministra de Sanidad de 10 de enero de 2023, por la que se aprueba declaración de actuaciones coordinadas en salud pública.

CATALUÑA

Acuerdo de condiciones de trabajo del personal estatutario del ICS

RESOLUCIÓN EMT/74/2024, de 12 de enero, por la

que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad, de 22 de noviembre de 2023, de mejora de las condiciones de trabajo, aplicación temporal y redacción definitiva del III Acuerdo de condiciones de trabajo del personal estatutario del Instituto Catalán de la Salud (ICS) (código de convenio núm. 79100162132024). DOGC, 23 de enero de 2024.

COMUNIDAD VALENCIANA

Efectos de la extinción de la concesión de servicio público del Departamento de Salud de Dénia

Decreto 14/2024, de 23 de enero, del Consell de regulació en materia de personal de los efectos de la extinción del contrato de gestión de servicio público por concesión del Departamento de Salud de Dénia (DOGV de 25 de enero de 2024).

EXTREMADURA

Programa de mantenimiento con metadona

Resolución de 17 de enero de 2024, de la Secretaría General, por la que se da publicidad a la Adenda de prórroga al Convenio de Colaboración entre el Servicio Extremeño de Salud y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Cáceres y Badajoz para la elaboración del Programa asistencial de mantenimiento con metadona en Extremadura para la anualidad 2024. DOEX, 24 de enero de 2024.

Formación para la gestión de ensayos clínicos y prescripción electrónica asistida

Resolución de 27 de diciembre de 2023, de la Secretaría General, por la que se da publicidad al Convenio de Colaboración entre el Servicio Extremeño de Salud y la Fundación para la Formación e Investigación de los Profesionales de la Salud de Extremadura para el desarrollo de un Proyecto de gestión de ensayos clínicos y prescripción electrónica asistida en el Servicio de Farmacia Hospitalaria del Hospital Universitario de Badajoz II. DOEX, 11 de enero de 2024.

Declaración de actuaciones coordinadas de salud pública

Resolución de 11 de enero de 2024, de la Consejera, por la que se da publicidad para general conocimiento en el territorio de la Comunidad de Extremadura de la Orden comunicada de la Ministra de Sanidad de 10 de enero de 2024, por la que se aprueba declaración de actuaciones coordinadas en salud pública.

GALICIA

Estatutos de Colegio de Médicos de Orense

ORDEN de 20 de diciembre de 2023 por la que se aprueban los estatutos del Colegio Oficial de Médicos de Orense. DOG, 19 de enero de 2024.

Medidas de prevención de virus respiratorios

ORDEN de 11 de enero de 2024 por la que se establecen medidas de prevención específicas como consecuencia de la onda epidémica estacional de virus respiratorios en la Comunidad Autónoma de Galicia. DOG, 12 de enero de 2024.

MADRID

Convenio y subvención directa para asociación de afectados por ELA

Convenio de 25 de octubre de 2023, entre el Servicio Madrileño de Salud y la Asociación Adela Madrid, mediante el que se instrumenta una subvención directa a la Asociación Adela Madrid para la atención domiciliaria y actuaciones terapéuticas de fisioterapia y logopedia de afectados por Esclerosis Lateral Amiotrófica (ELA) y la potenciación de la información y formación sanitaria de afectados y familias para el año 2023 por un importe de 240.000 euros. BOCM, 6 de enero de 2024.

MURCIA

Convenio para la asistencia a niños con cáncer

Convenio entre la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, a través de la Consejería de Salud y la Asociación de Familiares de Niños con Cáncer de Murcia, para la mejora de la calidad en la asistencia sanitaria. BORM, 26 de enero de 2024.

Plan de atención al médico enfermo

Resolución de la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud, por la que se da publicidad a la prórroga

para el año 2024 del convenio, entre el Servicio Murciano de Salud y el Colegio Oficial de Médicos de la Región de Murcia, para la asistencia coordinada a los médicos trabajadores enfermos en el Plan de Atención Integral al Médico enfermo (Paime). BORM, 9.01.2024.

NAVARRA

Actuaciones coordinadas de salud pública

RESOLUCIÓN 23E/2024, de 15 de enero, del director general de Salud, por la que se dispone la publicación en el territorio de la Comunidad Foral de Navarra de la Orden comunicada de la ministra de Sanidad de 10 de enero de 2024, por la que se aprueba la declaración de actuaciones coordinadas en salud pública. BON, 16 de enero de 2024.

Procedimiento para la provisión de jefaturas de servicio y sección asistenciales

Orden Foral 391E/2023, de 27 de noviembre, del consejero de Salud, por la que se regula el procedimiento para la provisión de jefaturas de servicio y sección asistenciales en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (BON de 8 de enero de 2024).

PAÍS VASCO

Comité de ética de investigación de Bilbao

RESOLUCIÓN de 10 de enero de 2024, del Viceconsejero de Salud, por la que se modifica la composición del Comité de Ética de la Investigación de la Organización Sanitaria Integrada Bilbao-Basurto. BOPV, 25 de enero de 2024.

Actuaciones coordinadas de salud pública

ORDEN de 12 de enero de 2024, de la Consejera de Salud, en relación con la Orden Comunicada de la Ministra de Sanidad, de 10 de enero de 2024, que aprueba la declaración de actuaciones coordinadas en Salud Pública. BOPV, 13 de enero de 2024.