

Actualidad del Derecho Sanitario

Publicación mensual de Derecho Médico y de la Sanidad

ADS

nº 322

Año 2024

SUMARIO

La problemática de los llamados 'bebés medicamento' (I)

Jesús I. Fernández Domingo. Prof. Titular Der. Civil UCM. Doctor en Derecho Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

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

Antonio Piga. Prof. Emérito Medicina Legal y Forense. Universidad de Alcalá
María Teresa Alfonso Galán. Prof. Titular Deontología y Bioética. Univ. de Alcalá

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

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

Ceguera por Ala Octa: el peregrinaje jurisdiccional hasta la condena de la Aemps

Iñigo Barreda. Director de Actualidad del Derecho Sanitario

"Gestión directa" de la sanidad y otras propuestas de la ministra de Sanidad

Anteproyecto de ley sobre condiciones laborales transparentes y previsibles
La movilidad 'sostenible', a la negociación colectiva de grandes centros de trabajo

TJUE respalda convertir temporales de larga duración en fijos en la Administración Covid / Vacunación de 'vulnerables' por orden judicial con oposición de familiares
Acceso a fármacos especiales: Administración debe probar que no vulnera igualdad
Prisión e inhabilitación absoluta de inspectora por acceder a datos del exmarido
Consentimiento deficiente por no informar riesgo de infección en inseminación
El abandono de tratamiento por paciente exime de responsabilidad al odontólogo
Limitado al 60% el reintegro del gasto farmacéutico a mutuas por IT común
Todos los años como temporal en otros Servicios de Salud cuentan para la carrera
Supresión de títulos inexistentes y terapias no oficiales de texto publicitario
Interinos / Servicios en igual categoría y distintos puestos cuentan para la carrera

Valencia / Plaza fija sin oposición para especialistas en zonas de difícil cobertura

Madrid/ Creación de comisión de coordinación de atención sociosanitaria

Castilla y León / Ley de apoyo al proyecto de vida de personas con discapacidad

Registro de la Red de laboratorios e infraestructuras de la Comunidad de Madrid

Rioja Salud / Decreto de usos y acceso a la historia clínica

Cataluña / Profesionales de salud como testigos en otorgamiento de voluntades

II Congreso Internacional de Bioética de la Cátedra del doctor Jérôme Lejeune

Breves Boletines Oficiales

Artículos

La problemática de los llamados 'bebés medicamento' (I)
Jesús I. Fernández Domingo. Prof. Titular Der. Civil UCM. Doctor en Derecho
Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

139

Notas sobre la ética y la práctica médica, desde la medicina hipocrática
hasta la medicina respaldada en inteligencia artificial (II)
Antonio Piga. Prof. Emérito Medicina Legal y Forense. Universidad de Alcalá
María Teresa Alfonso Galán. Prof. Titular Deontología y Bioética. Univ. de Alcalá

145

La vacunación como instrumento de prevención: ¿derecho o deber? (II)
Juan Alejandro Martínez Navarro. PDI, Universidad de Almería. Prof. Tutor UNED

151

Ceguera por Ala Octa: el peregrinaje jurisdiccional hasta la condena de la Aemps
Iñigo Barreda. Director de Actualidad del Derecho Sanitario

294

Actualidad

"Gestión directa" de la sanidad y otras propuestas de la ministra de Sanidad
Anteproyecto de ley sobre condiciones laborales transparentes y previsibles
La movilidad 'sostenible', a la negociación colectiva de grandes centros de trabajo

160

161

162

Tribunales

TJUE respalda convertir temporales de larga duración en fijos en la Administración
Covid / Vacunación de 'vulnerables' por orden judicial con oposición de familiares
Acceso a fármacos especiales: Administración debe probar que no vulnera igualdad
Prisión e inhabilitación absoluta de inspectora por acceder a datos del exmarido
Consentimiento deficiente por no informar riesgo de infección en inseminación
El abandono de tratamiento por paciente exime de responsabilidad al odontólogo
Limitado al 60% el reintegro del gasto farmacéutico a mutuas por IT común
Todos los años como temporal en otros Servicios de Salud cuentan para la carrera
Supresión de títulos inexistentes y terapias no oficiales de texto publicitario
Interinos / Servicios en igual categoría y distintos puestos cuentan para la carrera

162

189

194

209

227

239

246

256

263

290

Normas

Valencia / Plaza fija sin oposición para especialistas en zonas de difícil cobertura
Madrid/ Creación de comisión de coordinación de atención sociosanitaria
Castilla y León / Ley de apoyo al proyecto de vida de personas con discapacidad
Registro de la Red de laboratorios e infraestructuras de la Comunidad de Madrid
Rioja Salud / Decreto de usos y acceso a la historia clínica
Cataluña / Profesionales de salud como testigos en otorgamiento de voluntades
II Congreso Internacional de Bioética de la Cátedra del doctor Jérôme Lejeune

303

304

305

306

Congresos

Breves 307 Boletines 309

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 problemática de los llamados ‘bebés medicamento’ (I)

Jesús Ignacio Fernández Domingo. Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho y en Historia. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Contacto: jifernan@der.ucm.es

El profesor Jesús Ignacio Fernández Domingo expone en este artículo sobre los denominados *bebés medicamento* implicaciones éticas, deontológicas, jurídicas y filosóficas que interesan a los profesionales de la Medicina y del Derecho, y a las familias que se ven abocadas a adoptar una delicada decisión para salvar la vida de otro hijo o familiar querido. La legislación-su terminología-, su aplicación-la sobreproducción embrionaria, el destino de los embriones excedentes- y la creación de conceptos legales como el de ‘preembrión’ presenta fallas y controversias-*versus* cosificación del ser humano- que podemos conocer de la mano de este experto en Derecho Civil a través de este artículo que se ofrece en dos entregas.

Un estudio que cita muestra que para lograr 35 bebés por diseño se utilizaron 1130 embriones, lo que plantea interrogantes éticos de primer orden en relación el destino de los excedentes. Con referencias históricas a eminentes juristas y filósofos, el trabajo del profesor resulta de muy amena lectura. Afirma que la revolución tecnológica en este ámbito conlleva el descarte (la destrucción) de embriones: “Con lo que en la actualidad nos encontramos no es otra cosa que un desbordamiento del campo bioético” que “tuerce el Derecho”. El utilitarismo plantea la quiebra de la autonomía del nacido como medio y finalidad decidida por terceros.

La problemática de los denominados ‘bebés medicamento’¹

ÍNDICE

En este número de ADS

Introducción

- A) Desde un punto de vista “humano”.
- B) Desde el punto de vista terminológico.
- C) Consideración desde un punto de vista ético.

En próximo nº ADS

- D) El problema de los embriones.
- E) El punto de vista jurídico.

Introducción

A la hora de afrontar los problemas o las cuestiones de bioética, y, sobre todo, si queremos llevar a cabo un tratamiento desde un punto de vista jurí-

dico, conviene partir de dos premisas: una, la consideración, o no, que podamos tener del propio Derecho como “ciencia”; y otra, la decidida intervención de la jurisprudencia en los supuestos controvertidos; es decir del poder judicial, que, en ocasiones, no sería más que un reflejo, espurio, del ejecutivo.

A la primera de las cuestiones habría que responder que, a no ser que nos estemos refiriendo en términos exclusivamente epistemológicos, el Derecho “no” es ciencia; al menos en el sentido en que identificamos las ciencias como un desarrollo empírico y no meramente especulativo. Sólo si consideramos “científico” el que sería su tratamiento, podríamos afirmar que su conocimiento nos llevaría a esa puntualización; pero hemos de tener en cuenta otros dos factores: de un lado, el denominado “efecto perverso” de las normas que, al ser generalistas, pueden ocasionar los conocidos “daños colaterales” o no previstos; y, de otro, la variabilidad. No deben

¹ Conferencia pronunciada en Madrid, el día 23 de noviembre de 2023, en la *Asamblea Española de la Orden de Malta*.

olvidarse, nunca, las certeras palabras de KIRCHMAN, cuando afirmaba que bastaba la palabra modificadora de un legislador, para que bibliotecas enteras se convirtieran en papel.

Enlazando con la segunda de las cuestiones, podemos también contemplar cómo los fallos jurisprudenciales responden, a veces con demasiada frecuencia, a posicionamientos ideológicos, que evidencian una deriva política.

A partir de estas consideraciones previas, ya podemos adentrarnos en la concepción, diversa y fluctuante, con la que el Derecho ha abordado las siempre complejas cuestiones de bioética. Pero aún cabría hacer una reflexión más: el Derecho, se ha dicho, “es” la vida. Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con este aserto.

La vida existe y es anterior al Derecho; que sólo la sigue, en aquello que es factible. Y en cuanto a la necesidad del Derecho, éste no sería, en muchas ocasiones, otra cosa que la demostración de una imperfección.

Una sociedad organizada, capaz, responsable, es obvio que no necesita demasiadas leyes ni una abundante regulación específica (obviamente la referencia no sería otra que la identificación, generalizada pero incorrecta, entre Derecho y ley); además, estaríamos en la línea los acertados razonamientos del iusnaturalista alemán HELMUT COING², quien llegaba a hacer una lectura singular, incluso de los textos constitucionales, invirtiendo el sentido de la pirámide normativa.

Pero, es más, cuando hay que suplir carencias, la injerencia del ejecutivo acaba resultando nefasta. “*Plurima leges, pessima res publica*”, que traducido libremente vendría a ser “a malos gobiernos muchas leyes”. Con ello creemos que estaría ya dicho todo. No queremos ni siquiera acercarnos a esas situaciones en los que se regula “hacia el futuro”; lo que no deja de ser una aberración, al menos en una consideración lógica. Aunque quizá sí convendría recordar ahora las palabras del Profeta HABACUC: “...Por

eso se embota la ley, y el derecho no resplandece, pues el impío asedia al justo, por ello el derecho se tuerce” (1,4).

Volvamos entonces a la Bioética, que sí es una “ciencia”, en el sentido real del término, y, como tal, consta de diversos elementos, interrelacionados, de los que distinguimos primeramente los aspectos biológicos (ya que no en vano es una deriva de los conocimientos médicos) y los éticos, que se corresponden-y ahí ya topamos con uno de los primeros escollos- fundamentalmente con planteamientos filosóficos, con la moral, e incluso con posicionamientos religiosos.

Lo que en la actualidad nos encontramos no es otra cosa que un desbordamiento del campo bioético. La ciencia, y sobre todo la tecnología, con sus avances vertiginosos, han conducido a que esta nueva ciencia (tan sólo superada en juventud por la Etología, como aseguraba GUSTAVO BUENO)³ se halle ampliamente superada; ya que el análisis de los nuevos fenómenos, la sosegada reflexión que eso conlleva, ya no nos resulta posible; de ahí que haya que retroceder hacia planteamientos iniciales, que se concretan en las ideas de libertad, conciencia y libre albedrío.

En todo caso hemos de tener presente algo fundamental: el único nexo de unión en todas las figuras o manifestaciones de la actual Bioética, no es otro que la libertad del hombre.

Pero ¿a qué nos estamos refiriendo?. Vamos a soslayar, por su tratamiento habitual, esos temas iniciales referidos al aborto, la eutanasia, a la llamada “muerte digna”..., para acercarnos a ideas más recientes, como la de los llamados “bebés medicamento”, el “lazo neural”, el antiespecismo y el animalismo, el transhumanismo, y, finalmente, a la recibida entusiásticamente- de ahí también nuestra particular reticencia-, inteligencia artificial (IA).

Pero también cabría considerar, entre otras muchas cuestiones, cuanto se refiere a la objeción de

² *Derecho privado europeo*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996.

³ En «La Etología como ciencia de la cultura», *El Basilisco*, nº 9, 1991.

conciencia; lo que atañe a los nuevos medicamentos y el cuidado compasivo; los límites de la voluntad en el testamento vital; el tráfico de órganos y los trasplantes; el consentimiento informado en los acuerdos de crioconservación de embriones...; en fin, un amplio elenco de cuestiones que, como podemos ver, desbordan ya, ampliamente, nuestras perspectivas. Lo que ahora vamos a considerar no responde a ninguna clasificación rigurosa, sino al simple deseo de informar acerca de una de ellas.

Comenzamos entonces por la que hemos señalado en primer lugar: los “bebés medicamento”⁴, esos niños nacidos con el siglo. Su tratamiento hemos de retrotraerlo hacia ese efecto perverso normativo, al que acabamos de hacer alusión; porque, en definitiva ¿qué son, qué significan estos bebés?.

Un “bebé medicamento” no sería otro que el que ha sido concebido, después de haberse llevado a cabo un proceso, conocido como Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP)⁵, con la finalidad de que pueda curar a un hermano enfermo, merced a la donación de sangre de su cordón umbilical y, en su caso, la de médula ósea⁶.

Pero como toda realidad que afecte a cuestiones bioéticas es poliédrica, hemos de considerarlo en atención a diversos criterios o puntos de vista:

A) Desde un punto de vista “humano”

El día 29 de agosto de 2000 nacía Adam Nash⁷, el primer niño nacido en el mundo seleccionado genéticamente, para que pudiera curar a su hermana Molly, que estaba afectada por la anemia de Fanconi⁸. El planteamiento, al menos en principio, nos resulta impecable, porque ¿habría algo más hermoso que el hecho de que un hermano pudiera salvar la vida de otro?, ¿algo más altruista o más enternecedor?. Seguramente todos estaríamos de acuerdo en que ello es así, tal y como lo acabamos de considerar.

Se estaría, además, siguiendo el importante principio bioético de beneficencia, consistente en la obligación de “hacer el bien” al enfermo, por medio de la ciencia.

Como apunta GONZÁLEZ ARNÁIZ⁹, la beneficencia está conectada «a actos o comportamientos en los que se trasluce la buena voluntad, la bonhomía y amabilidad, la expresión de la caridad e, inclusive, el amor, el altruismo, la humanidad»; que no sería otra cosa que lo que acabamos de contemplar. Pero, como señala PINTO PALACIOS, el término beneficencia, para el *informe Belmont*, iría más allá, ya que se estaría tratando de una obligación, y no de simples actos de bondad y caridad. Lo que ya no puede resultarnos tan atractivo¹⁰.

⁴ Seguimos en ello las ideas expresadas en la buena tesis de Pinto Palacios, publicada bajo el título *Nacidos para salvar. Un estudio ético-jurídico del “bebé medicamento”*, Dykinson, Madrid, 2017.

⁵ Puede verse al respecto Dickens, «Diagnóstico genético preimplantacional y “hermanos salvadores”». *Inter J Gynecol Obstet*, 2005; Kirsty Horsey, «Los “hermanos salvadores” estadounidenses provocan un debate». *Fideicomiso Educativo Progreso*, y Lobo, Kahn y Wagner JE (2003). «Uso del diagnóstico genético preimplantacional para crear un donante de células madre: problemas, directrices y límites». *J Law Med Ética*, 31, 2003.

⁶ «Uso del diagnóstico genético previo a la implantación para salvar a un hermano: la historia de Molly y Adam Nash». En Bonnie Steinbock; John D. Arras; Alex John Londres (eds.), *Cuestiones éticas en la medicina moderna*, 6 ed., McGraw-Hill.

⁷ Nash nació, mediante cesárea, el 29 de agosto de 2000, y en octubre de 2000, la sangre de su cordón umbilical se trasplantó a su hermana.

⁸ Puede consultarse al respecto «Bebé creado para salvar a su hermana mayor». Noticias de la BBC. Vid. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/954408.stm>.

⁹ «Bioética: saber y preocupación», en Estefani (dir.), *Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, Comares, Granada, 2008.

¹⁰ Cit.

B) Veámoslo ahora desde el punto de vista terminológico

Siempre que aparece un concepto nuevo existen dificultades a la hora de ofrecer una definición apropiada y, consecuentemente, también a la de atribuirle un nombre “satisfactorio”; por lo que no es de extrañar el que no pueda existir, de entrada, acuerdo en cuanto a la terminología.

Se han barajado los términos de “bebé medicamento”, “hermano salvador”¹¹, “niño donante”, “niño amado”, “bebé por diseño”¹², e incluso el de “bebé de doble esperanza”.

Ahora bien, por su utilización más frecuente, y quizá porque vendría a representar una mejor concreción, vamos a referirnos a la primera de ellas; sin dejar de tener también en cuenta que la expresión “bebé medicamento” se ha criticado -con toda razón- al considerar que estaría contribuyendo a la cosificación del recién nacido; desde el momento en que sustantiviza lo adjetivo.

Denotaría además, como viene a señalar PINTO PALACIOS¹³, que el niño es concebido con una finalidad

utilitarista, contraria al respeto a la dignidad humana. Además, en opinión de SUE TURNER¹⁴, se estaría también, de este modo y de alguna manera, «quebrando la autonomía del recién nacido al vincular la existencia al cumplimiento de un fin predeeterminado por terceros».

Sin embargo, el *Comité Asesor de Ética de Francia*¹⁵, vino a señalar que «el niño nacería para sí mismo. Él tendrá su vida para sí. Él no se convertirá únicamente en un medio (...). El niño permanecerá en cualquier caso como un ser singular y es esta singularidad la que le corresponde como un ser humano (...). La donación de células de la sangre del cordón umbilical es un simple gesto dado su carácter no invasivo».

C) Consideración desde un punto de vista ético

Tal y como advierten LOZANO, GÓMEZ Y AZNAR¹⁶ los actos médicos, como cualquier acto humano, deben ser evaluados éticamente antes de llevarlos a la práctica. Consecuentemente, la producción de “bebés-medicamento” no puede representar ninguna excepción¹⁷.

¹¹ Adam Nash fue llamado “el primer hermano salvador del mundo” y “el primer bebé de diseño”.

¹² El término “bebés por diseño” se usa igualmente para referirse a una variedad de técnicas reproductivas, incluyendo la selección del sexo, con objeto de prevenir el nacimiento de niños portadores de enfermedades asociadas al cromosoma X, el diagnóstico genético preimplantatorio para seleccionar embriones libres de desórdenes genéticos, las técnicas de selección de huevos, donadores de espermatozoides o de embriones con características particulares y el aumento de una serie de facultades, tales como la inteligencia, la habilidad deportiva o el aspecto estético. En este sentido, Aznar Lucea, «Respeto por la vida humana en las técnicas de procreación asistida», *Medicina y Ética: Revista internacional de bioética y ética médica*, vol. 25, nº 4, 2014.

¹³ Cit.

¹⁴ «Preimplantation genetic diagnosis for donor babies carries some harm», *British Medical Journal*, vol. 324, 2002.

¹⁵ Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, *Refléxions sur l'extension du diagnostic pré-implantatoire*, Avis nº 72, 4 de julio de 2002.

¹⁶ «¿Es necesaria la producción de bebés-medicamento?», *THERAPEÍA* 4, Julio 2012. Vid, igualmente, Aznar, «Bebés de diseño: una cuestión de ética», *Instituto de Ciencias de la Vida de la Universidad Católica de Valencia, España*

¹⁷ Según el criterio de Aznar Lucea, los ocho aspectos más importantes que se deben considerarse en una reflexión ética, acerca de la producción de “bebés-medicamento”, serían: 1) La instrumentalización del niño producido, por lo que podría ser usado como una mercancía; 2) las consecuencias secundarias que podrían derivarse de la autorización legal de esta práctica, lo que podría abrir la puerta a otras prácticas éticamente inaceptables, especialmente la selección de sexo; 3) el beneficio que los padres pudieran obtener ajeno al bien del niño; 4) la imposibilidad de obtener el consentimiento informado del propio niño; 5) los problemas médicos que el uso del diagnóstico genético preimplantacional puede causar en el embrión generado; 6) los efectos médicos negativos inherentes a las FIV; 7) el gran número de embriones que se pierden con esta práctica, y por consiguiente el gran número de vidas humanas que se destruyen, 8) y, finalmente, si existe o no, una alternativa médica a la producción de bebés-medicamento, pues si así fuera, su ge-

No obstante, hemos de advertir que, desde el punto de vista ético, la anterior visión se desvanece, porque este hijo o “bebé medicamento” ¿se concibió realmente por amor, o sólo por amor hacia el primero de ellos? Los progenitores ¿querían tener otro hijo, o sólo lo hicieron para solucionar un problema que iba a resultarles, también a ellos, lacerante? Obviamente, mientras que no podemos albergar dudas acerca de la relación con el primero de los hijos, el problema vendría planteado respecto del segundo; porque es evidente que, bien para beneficiar al primero, o bien por el propio interés de acabar con una situación no deseada, se concibe al segundo; con ese fin exclusivo de que subvierta una situación difícil. No puede entonces ignorarse que el “bebé medicamento” es, al menos en principio, “alguien” meramente funcional; y mucho más aún cuando de donación de médula se trate; donde ya habríamos de cuestionarnos incluso la anulación de la voluntad de este segundo hijo.

Además de ello, hemos de considerar igualmente otros aspectos singulares:

1º La idea de la existencia, o no, de la que se ha denominado “autonomía reproductiva”.

2º Directamente concatenado con lo anterior, el “principio bioético de autonomía”.

3º Finalmente, el “principio bioético de la no maleficencia”.

En cuanto a la “autonomía reproductiva”, al tratarse de un concepto relativamente nuevo, su precisión conceptual es diversa, por lo que habría que atender, una vez más, a posicionamientos de índole filosófica.

En opinión de ROBERTSON¹⁸, existiría «una presunción favorable a la reproducción debido a la gran importancia que tiene para los individuos tener

descendencia biológica para el significado de su propia vida, la conexión con las generaciones futuras y los placeres de la crianza de los hijos». En definitiva, lo que expresa no es otra cosa que una idea de realización y trascendencia; apartada de criterios puramente biológicos, pero que, en el orden generacional, puede llegar a resultar especialmente atractiva para los individuos.

Esta idea, que parece en principio sencilla, nos enfrenta a una cuestión filosófica trascendental, que no puede obviarse y que nos conduce, directamente, a la idea del “bien” o de lo “bueno”. ALASDAIR MACINTYRE plantea este problema a través de los postulados lógicos, que le llevan a un discernimiento, complejo si se quiere, pero demostrativo de lo que se pretende al respecto¹⁹. Y es que, lo que es bueno para una sociedad, puede no serlo para otra. Hay un condicionamiento subjetivo-a nivel de sociedad, obviamente, inclusive asimismo en los individuos aislados- que nos lleva a reconducir la categoría del “bien” y, por ende, de lo “bueno”, hacia unos terrenos que no son comunes; y ello dificulta grandemente una concepción científica que no se halle universalmente generalizada. **Nadie discute la ley de la gravedad, o un teorema matemático; pero el hecho de que en una sociedad se respete la vida de los no nacidos o, por el contrario, se señale como derecho individual de las gestantes, nos lleva a consideraciones divergentes.** La idea, entonces, de qué es el “bien” o qué es lo “bueno”, desciende a terrenos ideológicos, que soslayan la idea científica como universalmente válida; y, lo que es aún más preocupante, intentan eludir su dimensión espiritual.

Amparada en la autonomía-que no es otra cosa que su libertad subjetiva, alejada de los planteamientos que, en su momento, señalara el Cardenal

neración podría ser doblemente injustificada.

A su juicio, de entre todas las dificultades éticas, la pérdida de embriones humanos sería la de mayor calado. Dicha pérdida estaría ligada también a la baja eficiencia de la técnica. Vid, asimismo, Aznar, «Designer babies. Ethical Assessment», *Medicina e Morale*. Nº 6, 2009.

¹⁸ *Children of Choice. Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton University Press, New Jersey, 1994.

¹⁹ «...Hablar en estos términos sobre si algo es bueno o malo es evaluar si se es miembro de cierta clase o desde cierto punto de vista o ambas cosas...». *Ética en los conflictos de la modernidad*. Sobre el deseo, el razonamiento práctico y la narrativa, Rialp, Madrid, 2017.

NEWMAN²⁰ se estaría justificando la generación del “bebé medicamento”. Si bien, en cuanto a la libertad reproductiva, ésta debe fundamentarse en tres aspectos: autonomía, beneficencia e igualdad.

La “libertad subjetiva” en que se concreta la autonomía, debe quedar constreñida por los valores libremente aceptados por las personas; aunque, a la postre, tenga también un contenido instrumental.

En cuanto a la “beneficencia” no es otra cosa que la tendencia al logro de la maximización del bien. Lo que nos lleva a la inconcreción del señalamiento de la propia idea de “bien”, que, lo acabamos de contemplar, tiene tantas lecturas como individuos; por la apreciación subjetiva que solemos hacer respecto de este concepto.

Frente a ello, nos encontramos con la tesis de SAVULESCU²¹, quien, desde un punto de vista claramente transhumanista, considera éticamente aceptable, al menos en términos generales, el deseo de mejorar la condición humana, con tecnologías para eliminar el envejecimiento, potenciando las cualidades humanas, intelectuales, físicas y psíquicas de los individuos. Peligrosamente nos recuerdan estos enunciados a lo que fue el intento de consecución de una raza aria superior, con el resultado que todos conocemos.

SAVULESCU enuncia entonces el principio de la “beneficencia procreativa”, cuyo contenido sería el siguiente: «Si las parejas (o, en su caso, una persona sola) han decidido tener un hijo y la selección es posible, entonces tienen una razón moral significativa para seleccionar entre todos los posibles aquel niño cuya vida cabe razonablemente esperar, de acuerdo con la información disponible, que será la mejor o, al menos, no peor que en cualquier otro caso».

No obstante, este principio no actúa como una obligación moral absoluta; es sólo indicativo de la existencia de una “razón moral significativa” para actuar en ese sentido, tratándose de un principio “moralmente neutro”. A ello podemos añadir también la idea del “principio bioético de justicia”, que no es otro que la posibilidad del acceso de cualquier estrato social a las técnicas reproductivas.

Finalmente, cabría también enfrentar el “principio bioético de no maleficencia”, del que GRACIA²² señala que «se trata de un principio básico de todo el sistema moral que enlaza con la tradición medieval de reconocer el bien como fin de la conducta del hombre, expresada en la máxima *bonum est faciendum et malum vitandum*».

Por nuestra parte, participamos de la opinión de ORLANDO MEJÍA²³, quien señala, sin ambages, que «... el niño Adam Nash fue manipulado genéticamente en su etapa de embrión y que, además, fue programado para nacer en el mundo con el objetivo de resolver el problema médico de un tercero».

Por lo que estaríamos ante un caso claro de transgresión del denominado imperativo categórico kantiano, quien, en la *Fundamentación metafísica de las costumbres*, advierte: “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca como un medio”.

Y es que, para KANT, resulta esencial reconocer que los seres racionales son fines en sí mismo, y nunca sólo medios de otros; porque lo que -como advierte MEJÍA- lo que está en juego «es una relación crucial para respetar el principio de humanidad: el reconocimiento de que la condición de seres racionales nos permite ser autónomos y libres para tomar decisiones morales».

²⁰ En sus digresiones acerca del problema de la conciencia, tal y como recuerda RATZINGER (en *El elogio de la conciencia*. La Verdad interroga al corazón, Ediciones Palabra, Madrid, 2010).

²¹ Recogida por Pinto Palacios. Cit.

²² *Primum non nocere. El principio de no-maleficencia como fundamento de la ética médica*, Real Academia de Medicina, Madrid, 1990.

²³ «El diagnóstico de preimplantación genética, el caso Nash y las indicaciones no médicas. De la transgresión del imperativo kantiano a las advertencias de Habermas», *Acta Médica Colombiana*, vol. 30, núm. 4, octubre-diciembre, 2005.

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

*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-Farmacia. Universidad de Alcalá (Madrid).
Vocal del Consejo Editorial de Actualidad del Derecho Sanitario.*

Nota de los autores¹

INTRODUCCIÓN

Este artículo comenta cómo el acceso universal a sistemas de Inteligencia Artificial, que ofrecen información y guía sobre las cuestiones más diversas del campo de la salud y de la asistencia sanitaria, puede resultar muy nocivo. Ello plantea importantes problemas y dilemas éticos, no sólo para los profesionales de la salud, sino para la ciudadanía en general.

En la primera parte de este artículo (1), se ha expuesto cómo los médicos durante siglos inicialmente actúan profesionalmente éticamente obligados por el Juramento Hipocrático (quinientos años antes de Cristo) y/o con la ayuda de Dios (Oración de Maimónides, siglo XII y tradición judaica).

Con el desarrollo de la Ética Médica, conjuntamente con el de la lenta pero progresiva mayor seguridad de los actos médicos, junto a la Deontología Médica y la de otros profesionales sanitarios, van surgiendo en la segunda mitad del siglo XX los derechos de los pacientes. En el último tercio del siglo XX hay un muy rápido desarrollo científico de la Medicina y aparece la Bioética. Actualmente, en el primer cuarto del siglo XXI, está manifestándose con gran rapidez una medicina respaldada en la Inteli-

gencia Artificial, cuyos aspectos éticos se comentan en este segundo artículo.

La Inteligencia Artificial, desde el punto de vista científico y estructuralmente, se puede definir como el sector de la informática que se centra en la creación de sistemas y tecnologías para realizar tareas que normalmente requerirían la inteligencia humana. Es un campo científico, tecnológico, industrial y regulatorio que es horizontal y tiene gran incidencia tanto en la investigación y las aplicaciones de tipo general, como en los sistemas de informática concreta aplicada.

Así, la Inteligencia Artificial puede aplicarse a la lógica difusa, la cibernética, la robótica, tanto a cuestiones muy generales, como la bioingeniería, la ecología, la dinámica económica o la predicción de políticas o de consumo; como en aplicaciones a los distintos sectores de la sociedad, por ejemplo, los sectores del Derecho y el subsector de la asistencia sanitaria, dentro del área de la salud.

Con esto pretendemos señalar que hay esencialmente dos grandes modelos de Inteligencia Artificial: uno es abstracto y muy general, aunque con ramas orientadas a aplicaciones científicas; y otro que es sectorial, industrial y práctico. Y, como un sector aplicado, pero al mismo tiempo horizontal en la aplicación de la IA, tenemos el ordenamiento ju-

¹No pretendemos en este escrito tratar de la ética de la Inteligencia Artificial en general y de sus aplicaciones, sino solamente de la ética de la Inteligencia Artificial aplicada a la asistencia sanitaria, ya sea en el marco del Sistema Nacional de Salud, de la asistencia sanitaria privada, o de la auto asistencia o asistencia sanitaria auto aplicada utilizando sistemas y dispositivos de Inteligencia Artificial. Aquí, por tanto, se va a comentar cómo la Inteligencia Artificial ya está incidiendo en la práctica médica, en la ética médica y en los cuidados de salud.

rídico general y el específico de esta materia. Este ordenamiento de la Inteligencia Artificial incluye normas internacionales, normas específicamente de la Unión Europea, y normas españolas. Entre las normas jurídicas de Inteligencia Artificial con aplicación a la asistencia sanitaria, tenemos las que son específicas y de aplicación directa, otras que son de aplicación supletoria, y otras de aplicación analógica.

En lo que se refiere a los **principios y normas éticas y deontológicas de la práctica médica utilizando la Inteligencia Artificial**, en el *Código de Deontología Médica* de la Organización Médica Colegial de España, de 2022, del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, en el Preámbulo, se lee: “Este Código es dinámico y está abierto a actualizaciones mediante la elaboración de Declaraciones (...) es imprescindible que se consulte (...) la web del CGCOM (www.cgcom.es)”. En este Código, el capítulo XXI, sus artículos, 85, 86.1, y 86.2, están dedicados a la regulación de la práctica médica usando la Inteligencia Artificial.

Pero esta normativa es muy limitada en la descripción de aplicaciones y, además, se refiere y obliga solo a los médicos y, por extensión, a los profesionales sanitarios, pero no a los otros protagonistas de la asistencia sanitaria que, en el caso de la Inteligencia Artificial, incluyen en primer lugar a los propios pacientes, como sujetos que pueden ser independientes y autónomos, gestores de su propia salud utilizando la Inteligencia Artificial. También incluye robots de cuidados y múltiples dispositivos portátiles y/o “inteligentes”, sistemas de telemedicina y monitorización de parámetros de salud, con un sinfín de instrumentos, muchos de ellos accesorios y apps de teléfonos móviles, así como sistemas de Inteligencia Artificial orientados al desarrollo de medicamentos o a estudios epidemiológicos o genéticos.

Objetivos de este artículo

Primero, comentar fundamentalmente las aplicaciones de **los sistemas conversacionales, tipo Chat, para responder y dar orientaciones preventivas, diagnósticas y terapéuticas**, a los usuarios de aplicaciones de Inteligencia Artificial generativa o creadora de contenidos. Exponer cómo todo ello puede

proporcionar respuestas en cualquier área del conocimiento, ciencia, arte, naturaleza, historia, política, gestión o educación, y están en constante crecimiento auto generativo.

El objetivo principal consiste en destacar cómo la utilización de los sistemas conversacionales de Inteligencia Artificial, entre paciente y sistema de Inteligencia Artificial, sin participación de un médico, **pueden resultar engañosas y sumamente perjudiciales.**

Material guía

Este artículo desarrolla y pone en un contexto amplio el reciente documento de la Organización Mundial de la Salud sobre “Ética y gobernanza de los modelos de inteligencia artificial” (2), que utiliza numerosas fuentes, citadas al final del documento, y algunos otros, muy seleccionados, entre las cuales hay algunos artículos publicados en *Actualidad del Derecho Sanitario*.

Ejemplos de aplicaciones de la IA al campo de la salud humana

En el título de este epígrafe, se dice “de la salud humana”, y no “de la medicina”, porque uno de los problemas que está suscitando la IA es que la medicina corre el peligro de dejar de ser el área, profesionalmente acotada y reservada, en el que los médicos, y profesionales sanitarios, ejercen su dominio intelectual, científico y tecnológico.

En la obra de D.B. NÚÑEZ (3), al tratar de las aplicaciones de la Inteligencia Artificial se distinguen dos grandes grupos que son:

- 1) Herramientas de Inteligencia Artificial para pacientes;
- 2) Herramientas de Inteligencia Artificial de uso clínico;

Después, se incluye la utilización de la Inteligencia Artificial en el aprendizaje (profundo y por máquina); la Inteligencia Artificial en la prescripción; la Inteligencia Artificial en el estudio de las redes neuronales; y la telemedicina. En el Glosario, titulado “qué es la IA”, de la empresa *Hewlett-Packard*, se

distinguen las IA basadas en funcionalidades y las IA basadas en capacidades.

Las basadas en funcionalidades son:

- máquinas reactivas
- máquinas dependientes de la memoria
- teoría de la mente, y
- Inteligencia Artificial auto consciente (lo cual es una hipótesis que, a nuestro juicio, es utópica).

Las basadas en capacidades serían:

- Inteligencia Artificial estrecha (*narrow*), que son sistemas capaces de realizar tareas programadas estrictamente definidas que pueden ser una combinación de memoria limitada en sus posibilidades y reactiva.

- Inteligencia Artificial auto generativa, que son capaces de aprender, de enseñar, de entender y de rendir creativamente como un ser humano, y

- Super Inteligencia Artificial.

Dentro de las aplicaciones de la Inteligencia Artificial a fines instrumentales concretos se pueden mencionar: el archivo de información y documentación médica mediante cadena de bloques (*block chain*), el diagnóstico automático mediante Inteligencia Artificial, la genómica, las redes neuronales, el desarrollo de medicamentos, la farmacoterapia personalizada, los efectos adversos en medicina, etc.

El archivo de información mediante 'cadena de bloques' (Block Chain) y sus aplicaciones en las bases de datos sanitarias y hospitalarias

Remitimos al lector a artículos citados en las referencias (4) y (5). Y es que las cadenas de bloques son una forma especial de base de datos, cuya tecnología informática garantiza las cualidades siguientes:

. Los datos introducidos, o cualquier información introducida en la cadena de bloques, lo es de forma permanente y no puede ser modificada, sin que el cambio introducido sea detectado inmediatamente;

. La validez de la información presente en la cadena de bloques puede verificarse fácilmente;

. La cadena de bloques ofrece una total seguridad contra adiciones fraudulentas de información;

. Los datos recogidos suelen provenir de múltiples fuentes, que se verifican y quedan registradas antes de ser incluidas en la base de datos;

. La actividad de registro es transparente;

. Ningún registro puede modificarse o alterarse retroactivamente.

Todo esto se debe a que la cadena de bloques es en realidad una red de nodos, y que esta red no es arborescente, ni tiene un núcleo central.

Dado que el funcionamiento es prácticamente instantáneo y que la recuperación de información es selectiva y puede realizarse, por ejemplo, preservando los datos de identificación, la cadena de bloques tiene muchísimas aplicaciones en áreas como las siguientes: las cadenas de suministros, la justicia, las finanzas, los pagos, la identificación de fuentes, o la gestión selectiva de contenidos.

Y en el área de la salud hay que citar las siguientes: la historia clínica electrónica, la investigación de efectos adversos, las asociaciones causales, la documentación, certificados y pruebas médicas, la ciencia de los seguros médicos, los resultados de las vacunaciones, la investigación y comprobación de daños asistenciales, etc.

Por lo tanto, la cadena de bloques es un elemento muy seguro y preciso en el área del funcionamiento de la justicia, tribunales y registros legales.

Aplicaciones del Chat GPT en la información médica y personalizada, general o especializada

La firma *Roche*, las describe así: "Chat GPT es básicamente un robot conversacional y virtual, creado por Open AI, que es capaz de realizar tareas, de conversar con fluidez y de responder a preguntas complejas de forma coherente (...). (...) En ningún caso puede ni debe utilizarse como sustituto de un especialista, a la hora de realizar un diagnóstico, de ofrecer una orientación fiable o de prescribir un tratamiento (...). Investigadores de la Universidad de

Drexler, en EEUU, han utilizado esta herramienta (...) en trastornos cognitivos como el Alzheimer (...) “analizar los síntomas de los pacientes de una sala de urgencias y sugerir los pasos que se deberían dar” (...) “realizar resúmenes de datos y registros médicos (...) sobre dolencias y síntomas (...)” (6).

‘God in a box’ es un Chatbot de Inteligencia Artificial basado en el modelo GPT-3 (*Generative Pre-trained Transformer 3 model*), con el que se promete “un contacto con Dios” para chatear mediante WhatsApp. Leemos que “God in a box es como un amigo que puede entender tus consultas y darte respuestas que suenan naturales vía whatsapp” (7). Este Chat GPT está abierto a cualquier persona y es gratis, siempre y cuando se envíen hasta 40 mensajes al mes.

Luz Pérez escribe (8): “Descubre todo sobre medicina con nuestro Chat GPT en español. Lee sobre tratamientos, síntomas y consejos médicos en una plataforma interactiva (...); con el Chat GPT en Medicina puedes obtener respuestas precisas y confiables a las preguntas de salud en línea (...), personalizadas (...), puede ayudarte a entender tus síntomas, explicar enfermedades, y hasta recomendarte tratamientos. Además, puede ser utilizado tanto por pacientes como por médicos (...) y obtener respuestas (...) como si un médico estuviera sentado a nuestro lado (...), obtener consejos (...) y recibir información detallada sobre tratamientos y medicamentos (...); los chatbots de medicina (...) están diseñados para proporcionar respuestas en tiempo real (...), es muy fácil de usar y no es necesario tener ningún conocimiento médico para poder utilizarlo (...); escribes tus preguntas y esperas a que la inteligencia artificial te proporcione respuestas precisas y personalizadas (...)”.

Ética global de la salud a partir de la Inteligencia Artificial según la Organización Mundial de la Salud: *Global Health Ethics*

La OMS ha emitido nuevas orientaciones sobre ética y gobernanza de grandes modelos multimodales (LMMs), que es una tecnología de Inteligencia Artificial que se está desarrollando rápidamente y tiene aplicaciones en asistencia sanitaria. Las LMMs pueden aceptar *inputs* de datos de uno o varios

tipos, como textos, vídeos e imágenes; y generan diversos *outputs* que no se limitan al tipo de dato que se les ha suministrado. Las LMMs son únicas en su forma de participar en la comunicación, en muchos casos como si fueran fuentes humanas si no se advierte.

Las LMMs se han adoptado con más rapidez que ninguna otra aplicación para el consumo público en la historia de la humanidad, con varias plataformas como *Chat GPT*, *Bard* y *Bert*, habiéndose difundido públicamente en 2023.

El Dr. Jeremy Farrar, *Chief Scientist* de la OMS, señala que “las tecnologías de la IA generativa tienen el potencial de mejorar la atención sanitaria, pero solo si aquellos que desarrollan, regulan y usan esas tecnologías, identifican y tienen plena conciencia de los riesgos asociados”.

Las nuevas normas de las guías de estas tecnologías distinguen cinco amplias aplicaciones de LMMs para la salud, que son:

- 1) atención diagnóstica y clínica, como por ejemplo responder a consultas escritas de pacientes;
- 2) uso guiado por el paciente, por ejemplo, para interpretar síntomas y tratamientos;
- 3) tareas administrativas y de gestión, tales como documentar y resumir visitas de pacientes en registros electrónicos de salud;
- 4) formación médica y de enfermería, incluyendo escenarios de encuentros simulados de los alumnos con pacientes virtuales;
- 5) investigación científica y desarrollo de medicamentos, incluyendo la investigación de nuevos productos.

A continuación, tomamos algunos datos de la Organización Mundial de la Salud (9):

Tabla 2. Riesgos para los sistemas de salud asociados con el uso de los LMMs en cuidados de salud.

Tipos de riesgo:

Sobreestimación de los beneficios de los LMMs;
Accesibilidad y la disponibilidad;
Sesgos de alcance sistemáticos;
Impacto sobre el trabajo;

Dependencia de los sistemas de salud sobre LMMs mal adaptados
Riesgos de ciberseguridad.

Riesgos del uso de LMMs en atención diagnóstica y clínica

- Posibles respuestas imprecisas, incompletas, inapropiadas o falsas;
- Referencias inventadas, recomendadas para situaciones socioeconómicas incompatibles, “alucinaciones”.
- Calidad de los datos y sesgos de las respuestas;
- Uso de las LMMs por niños o por los padres para sus hijos;
- Sesgos de automatización, de modo que hay errores que un profesional humano detectaría que para un sistema de Inteligencia Artificial pasan desapercibidos.
- Degradación de las capacidades humanas;
- Consentimiento informado que implique el uso de Inteligencia Artificial en LMMs cuando se ha otorgado para la asistencia interpersonal.

Aplicaciones centradas en el paciente aislado

Con la Inteligencia Artificial los pacientes están adquiriendo en algunos casos responsabilidades excesivas sobre su propia atención de salud en consideraciones y decisiones que se han tomado por indicación y propuesta del médico.

Los instrumentos de Inteligencia Artificial se han proyectado para incrementar el autocuidado, incluyendo el uso de *Chatbots*, dispositivos personales de monitorización de salud e instrumentos de predicción de riesgos y sistemas diseñados para personas con discapacidades.

Riesgos y desafíos

- Exposiciones imprecisas, incompletas o falsas;
- Manipulación;
- Privacidad;
- Degradación de interacciones entre personal clínico, no profesionales y pacientes;
- Injusticia epistémica, que es la falta infringida a

alguien específicamente por su capacidad como sujeto de conocimiento;

- Prestación de cuidados de salud fuera del Sistema de Salud.

Algoritmos peligrosos que desplazan la autoridad epistémica de los seres humanos

La epistemología es la ciencia del conocimiento. La autoridad epistémica de los profesionales en medicina se fundamenta en la solidez de los fundamentos cognoscitivos de base, en la experiencia y la capacidad para establecer conclusiones diagnósticas y de seguimiento del curso clínico.

Los sistemas diagnósticos, pronósticos y terapéuticos, que utiliza la Inteligencia Artificial para el autocuidado o para el cuidado de personas dependientes, si se utilizan sin control ni supervisión médica y sin la debida información, son sumamente peligrosos ya que proporcionan a sus usuarios una falsa seguridad.

Es obvio que la Inteligencia Artificial autogenerativa aplicada a consultas médicas mediante el Chat GPT tiene múltiples fuentes de error y de conclusiones que pueden tener apariencia de ser razonables pero que pueden ser falsas.

Entre ellas mencionaremos que si un lego en medicina describe un trastorno puede dar importancia a lo que no la tiene y no saber valorar lo que es relevante. **En Medicina la intuición y la experiencia son muy importantes** y también lo es el saber valorar la personalidad del paciente, sus circunstancias, su gravedad, y su exploración física; saber pedir pruebas complementarias con indicación, justificación y medida, y muchos aspectos que no pueden estar al alcance de la Inteligencia Artificial.

CONSIDERACIONES

El título de este artículo, ‘Notas sobre la ética y la práctica médica (...) respaldada en Inteligencia Artificial’, solo ha pretendido ofrecer unos pocos trazos de lo que la Inteligencia Artificial va a suponer para la medicina y su objeto, que son los pacientes, desde la perspectiva de la bioética.

Compartimos las palabras de JEAN LOUIS TOURAINE (10), cuando dice que “La introducción de la IA en la relación de cuidados comporta el riesgo, en primer lugar, de situar la máquina, el algoritmo o el robot en una relación de concurrencia con el médico y de relativizar la competencia médica de éste” (...); el paciente llega a ser el actor (autónomo, solitario e independiente junto a la IA) de su propia salud (...); el riesgo de delegación de la decisión médica es grande (...); una pérdida de autonomía del médico podría entrañar una falta de responsabilidad científica de éste, en relación con las decisiones tomadas mediante algoritmos (...); el Parlamento Europeo se ha planteado la posibilidad de atribuir una personalidad jurídica a los algoritmos con el fin de dotarles de responsabilidad (...). Es indispensable seguir considerando esta tecnología (la IA) como un dispositivo al servicio de la persona que ha de estar sometido a la decisión del médico”.

CONCLUSIONES

La Inteligencia Artificial en sus diversas modalidades de aplicación a los diagnósticos médicos (soluciones algorítmicas), tratamiento e interpretación de imágenes y herramientas de apoyo a los diagnósticos y terapéuticas, puede ser muy útil como dispositivo auxiliar a los métodos básicos del médico, con lo que los dispositivos basados en la Inteligencia Artificial deberían estar relegados a ser herramientas de apoyo a la práctica médica.

Ahora bien, cuando se afirma, ya sea por convicción o con finalidades publicitarias, que los dispositivos de Inteligencia Artificial, como por ejemplo el *Chat GPT Medicina*, pueden dar respuestas precisas y personalizadas a las preguntas directamente plan-

teadas por los usuarios, hay muchos riesgos de que los diagnósticos sean engañosos y perjudiciales si el usuario es el propio paciente, sin ningún control y supervisión médica.

REFERENCIAS

1. Piga Rivero A, Alfonso Galán MT. *Notas sobre la ética y la práctica médica, desde la medicina hipocrática hasta la medicina respaldada en Inteligencia Artificial (I)*. ADS 321; enero 2024: pp. 12-15
2. WHO. *Ethics and governance of artificial intelligence models*. Geneva, 2024. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO
3. Nuñez D.B., y otros. *Inteligencia artificial y decisiones clínicas: cómo está cambiando el comportamiento del médico*. Fundación Gaspar Casal. Madrid. 2020
4. Saeed y otros. *Block chain technology applications in health care: a systematic review*. Science Direct. April 2022.
5. Haleem Abid y otros. *Block chain technology applications in health care: an overview*. International Journal of Intelligence Networks. Vol. 2. 2021
6. Roche. *Chat GPT: Inteligencia Artificial al servicio de la medicina*. 20/02/2023.
7. *God in a box, un Chat GPT vía Whatsapp con la divinidad*. En neo2.com
8. Pérez L. *Chat GPT Medicina: descubre cómo revoluciona la salud*. Neuroflash, 19/06/2023.
9. WHO. *Ethics and governance of artificial intelligence for health: guidance of large multimodal models*. Geneva 2024. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO
10. Touraine, Jean Louis. « *L'intelligence artificielle en santé : nouveau champ de la bioéthique* ». Droit, Santé et Société. 2021. Nº 3 ; Vol. 8



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

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 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.

En anterior nº 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.

1. La vacunación en el ordenamiento jurídico español

En referencia al marco legal de la vacunación en España, se destaca que esta es de carácter voluntario para toda la población, salvo en situaciones específicas que presentan excepciones¹. Por ejemplo, en el caso de la vacuna contra la fiebre amarilla, se establece su obligatoriedad para aquellos individuos que viajen a países donde existe un riesgo de con-

tagio², o la Ley 22/1980 que modifica la Base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944 que en su único artículo dispone que “las vacunaciones contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas, podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno cuando, por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o por el estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. En todas las demás infecciones en que existan medios de vacu-

¹ Por ejemplo, en Francia existen 11 vacunas obligatorias para los niños menores de 2 años. Italia también impone la vacunación infantil contra 10 enfermedades. Grecia y Portugal igualmente cuentan con un calendario de vacunación obligatorio en la primera infancia.

Otros países como Alemania o Reino Unido se aproximan más al modelo español de recomendación, pero no imposición de las vacunas, salvo grupos de riesgo. En el contexto de la pandemia de COVID-19, Italia y Grecia establecieron la vacunación anticovid obligatoria para ciertos colectivos, mientras España siempre la mantuvo voluntaria.

² 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.

nación de reconocida eficacia total o parcial y en que ésta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias”³.

En términos generales, las autoridades sanitarias en España promueven activamente la vacunación como una medida preventiva para salvaguardar la salud pública y contrarrestar la propagación de enfermedades infecciosas.

Por ende, se desarrollan planes y programas de vacunación específicos dirigidos a diferentes grupos de edad y situaciones, con el objetivo de asegurar una cobertura adecuada y uniforme en todo el territorio nacional. Asimismo, se implementan campañas de información y sensibilización para resaltar la importancia de la vacunación, y se establecen mecanismos para garantizar la seguridad y eficacia de las vacunas empleadas.

Es importante destacar que la prevención de enfermedades y la protección de la salud pública son objetivos legítimos y amparados por la Constitución, lo que puede implicar limitaciones en el derecho a rechazar tratamientos médicos.

Los ciudadanos tienen la responsabilidad de cumplir con las normativas sanitarias tanto generales como específicas y de colaborar con las autoridades de salud pública. Un enfoque equilibrado en salud pública debe respetar tanto la libertad individual como los intereses colectivos. Adicionalmente, al-

gunas normas autonómicas en materia de educación exigen acreditar el cumplimiento del calendario de vacunas para el acceso a los centros escolares, pero esto no implica obligatoriedad, sino que la consecuencia del incumplimiento es la inadmisión en el centro correspondiente.

Al margen de las excepciones indicadas, el ordenamiento jurídico español recoge algunos mandatos genéricos en materia de salud pública donde cabría integrar las políticas de vacunación. Por ejemplo, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), en su artículo 11.1, regula la obligación de los ciudadanos de “cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes a toda la población, así como las específicas determinadas por los Servicios Sanitarios”.

Por su parte, 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 (LAP), en su artículo 9.2.a) regula, como límite al consentimiento informado, la potestad de los facultativos para “llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento [...] cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley”.

También, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP) prevé, en su artículo 8, que “los ciudadanos facilitarán el desarrollo de las ac-

³ 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, pp. 309-310: “La eficacia jurídica de esta previsión queda, sin embargo, en duda por dos motivos, de los que, como veremos, resulta especialmente relevante, desde un punto de vista constitucional, el segundo. En primer lugar, debemos recordar que la Ley General de Sanidad preveía en su Disposición Final 5.^a que dicho artículo único había de ser objeto, junto muchas otras normas de refundición, regularización, aclaración y armonización en el plazo de dieciocho meses, mandato que, pese a haber transcurrido casi veinticinco años, aún no ha sido cumplido. Ciertamente, ello no resta necesariamente eficacia a la norma, pero sí que permite sostener que su eficacia es ya matizada, pendiente de cumplir el mandato impuesto por el legislador. En segundo lugar, la norma no fue aprobada con el carácter de orgánica de manera que entendemos que no habilitaría en nuestro Estado constitucional, y dado el tenor del artículo 81 y la interpretación del mismo que ha desarrollado el Tribunal Constitucional, a imponer una medida pública individualizada o colectiva de vacunación obligatoria. Además, la citada Ley 22/1980, contempla un doble supuesto de obligatoriedad de la vacuna: el de epidemias (casos repetidos o estados epidémicos), por un lado, y el de las vacunaciones sistemáticas. Respecto de esta última posibilidad, la norma se muestra mucho menos contundente sobre la posibilidad de imponerlas obligatoriamente”.

tuaciones de salud pública y se abstendrán de realizar conductas que dificulten, impidan o falseen su ejecución”.

Adicionalmente, la vacunación forzosa puede derivar no solo de una exigencia jurídica, sino también de otros escenarios en los cuales, a pesar de ostentar un carácter voluntario (por ejemplo, frente a la Covid-19), algunos tribunales han emitido órdenes específicas en casos particulares que involucran a personas de la tercera edad con incapacidad o menores de edad, considerando circunstancias específicas en las cuales comparten su entorno diario con otros afectados en instalaciones geriátricas o educativas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, con carácter general, ha concluido que estas decisiones judiciales que autorizan la administración de la vacunación forzosa, y que han sido impugnadas, lleven a cabo una adecuada ponderación de los intereses de la persona con discapacidad. Esto se debe a que, dada la naturaleza evolutiva de su enfermedad, carecen por completo de la capacidad para expresar su voluntad.

La evaluación realizada considera criterios objetivos específicos del contexto en cuestión, concluyendo que la vacunación ofrece mayores beneficios que perjuicios desde la perspectiva de la protección de su salud individual⁴.

En suma, en España, el régimen de vacunación se considera voluntario, salvo en situaciones excepcionales en las que se establecen mecanismos legales para su obligatoriedad, como en casos de epidemias.

Esto ha sido confirmado por sentencias judiciales, como la de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 29-IX-2010, que menciona que la vacunación obligatoria se justifica únicamente en circunstancias extraordinarias que permiten excepcionar el principio general de autonomía

del paciente y del ciudadano en relación con tratamientos preventivos, como es el caso de las vacunas. La discusión en torno a la imposición de la vacunación obligatoria ha generado debates sobre la necesidad de contar con una legislación específica que establezca esta medida, en lugar de basarse en la habilitación general de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP), con el fin de garantizar seguridad jurídica y legitimidad.

En general, un enfoque en salud pública debe equilibrar la libertad individual con los intereses colectivos, lo que plantea cuestiones éticas y legales sobre la aceptabilidad de las políticas estatales que pueden beneficiar a la población, pero que afectan los derechos y libertades de los ciudadanos.

La salud pública es claramente reconocida y protegida por las normativas, y se manifiesta en el ámbito del derecho a autorizar tratamientos médicos. Esta cuestión no admite discusión ni controversia, ya que el objetivo de la salud pública es proteger la salud de la comunidad en general, tal como se establece en el artículo 43 de la Constitución Española (CE), especialmente en términos de protección de la vida y la integridad física⁵.

Siendo meticulosos, las medidas de salud pública pueden conllevar la limitación de los derechos a la vida, la integridad física y moral, establecidos en el artículo 15 de la Constitución, con el propósito de proteger a las personas de tratos inhumanos o degradantes. Asimismo, el derecho a la libertad, que incluye la libertad física, se encuentra consagrado en el artículo 17, punto 1 CE, donde se reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Finalmente, el derecho a la intimidad personal está salvaguardado en el artículo 18, punto 1 CE⁶.

Es pertinente mencionar que la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, es-

⁴ STC 38/2023, de 20 de abril de 2023.

⁵ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *op. cit.*, p. 308.

⁶ RUEDA, M. “¿Es obligatoria la vacunación? Un análisis jurídico del problema”, *Natura Medicatrix*, nº 42, 1995-1996, p. 25.

tablece que la obligatoriedad de un tratamiento médico no infringe el derecho a la libertad, dado que la libertad individual protegida por la Constitución no implica una libertad general de autodeterminación personal. No obstante, el Tribunal ha reiterado que el derecho del paciente a aceptar o rechazar tratamientos médicos es esencial en el derecho a la integridad física, que no solo se vulnera por acciones perjudiciales para el cuerpo, sino también por intervenciones que, aun buscando mejorar la salud, constituyan una intromisión no consentida en el cuerpo del paciente.

Por lo tanto, cualquier tratamiento médico realizado sin el consentimiento del paciente se considerará una violación de su derecho, y la negativa a recibir tratamiento médico es una manifestación del derecho fundamental a la integridad física y moral, conforme se estipula en el artículo 10 LGS⁷.

En la Sentencia del *Tribunal Supremo del 3 de junio de 2021*, se reconoce que, aunque sería preferible una regulación más detallada de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales en situaciones de grave riesgo para la salud pública, el artículo 3 LOMESP puede emplearse como fundamento normativo para justificar medidas sanitarias que restrinjan los derechos fundamentales, siempre y cuando se justifiquen adecuadamente a la luz de las circunstancias específicas del caso. De este modo, el Tribunal Supremo valida la adopción de medidas limitadoras de los derechos fundamentales por motivos de salud pública, fuera del estado de alarma y aunque no se apliquen a individuos específicos, siempre y cuando se demuestre su racionalidad y proporcionalidad.

1.1. Autonomía vs salud pública

La vacunación obligatoria ejemplifica la tensión existente entre los derechos individuales y los intereses colectivos en el ámbito de la salud pública. Por un lado, los derechos a la integridad física, la libertad individual y la intimidad se ven afectados por la

imposición de una medida sanitaria coercitiva. Pero, por otro lado, la inmunización sistemática busca proteger el derecho a la salud y a la vida de la población en su conjunto, especialmente de los grupos más vulnerables.

Si bien la Constitución española no establece expresamente un deber de vacunarse, sí consagra la obligación de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y prestaciones sanitarias (art. 43). En este sentido, la protección de la salud colectiva se erige como un objetivo legítimo que, bajo ciertas condiciones, puede justificar la restricción de derechos individuales.

No obstante, toda medida que limite derechos fundamentales debe someterse a un riguroso juicio de proporcionalidad, valorando si es idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto. La vacunación obligatoria podría superar este test si se demuestra que, dada la gravedad de una amenaza epidémica, es el único medio para controlar la propagación de una enfermedad.

Ahora bien, incluso en escenarios extraordinarios, deben priorizarse las opciones menos invasivas, como campañas de información y educación pública para promover la vacunación voluntaria. La obligatoriedad debiera reservarse para situaciones extremas cuando falle la cooperación social, aplicándose de forma no discriminatoria y con las debidas garantías.

El Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia consolidada, ha establecido que el derecho fundamental a la integridad física y moral, tal como se contempla en el artículo 15 de la Constitución Española, abarca dentro del contexto de los tratamientos médicos y en virtud del principio de autonomía del paciente, el derecho a dar consentimiento o rechazar intervenciones terapéuticas.

Dado que este derecho forma parte integral de su núcleo esencial, se considera que no solamente se

⁷ TOLOSA TRIBIÑO, C. "Problemas legales de la vacunación en España", *Diario La Ley (Wolters Kluwer)*, nº 9784, 2021, p. 2.

ve vulnerado por acciones perjudiciales para la salud del individuo, sino también por actuaciones bien intencionadas que, aunque busquen restaurar o mejorar la salud, implican una intromisión no autorizada en la esfera corporal del afectado⁸.

En efecto, según el TC, se trata de un “derecho de autodeterminación que tiene por objeto su propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física” (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9º).

De este modo, «este derecho constitucional resultará afectado cuando se interponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional» (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8º).

La salvaguarda de la vida y la preservación de la integridad física de la población, dentro del marco de un enfoque de salud pública que considera la salud como un bien jurídico constitucional a proteger, conlleva la idea de que existen objetivos de bienestar colectivo que poseen una importancia superior a la supremacía de los derechos y libertades individuales. Esta acción preventiva orientada a la mitigación de enfermedades transmisibles puede ser considerada como constitucionalmente legítima, a pesar de su repercusión en los derechos fundamentales previamente mencionados.

En el contexto relevante, para prescindir o descartar la necesidad de obtener el consentimiento del individuo afectado, es esencial definir los límites y los requisitos que deben cumplirse en relación con esta medida:

- Fin constitucionalmente legítimo: se busca un fin legítimo, que no es otro que el derecho a la vida (art. 15 CE) y el derecho a la salud pública (art. 43.2 CE).

- Principio de legalidad: la necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física. Como veremos a continuación, se está haciendo referencia a la LOMESP.

- Jurisdiccionalidad: acordada por resolución judicial

- Principio de proporcionalidad: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”⁹.

Adicionalmente, concluye el Tribunal Constitucional que¹⁰:

“(…) En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud (STC 7/1994).

b) En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario (STC 7/1994), que deberá ser personal médico especializado en el su-

⁸ PÉREZ MANZANO, M. y TOMÁS VALIENTE LANUZA, C. “El artículo 15”, en VV.AA. (Rodríguez-Piñero Bravo Ferrer, M. y Casas Baamonde, M. E., Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*. XL Aniversario, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 386.

⁹ El control de proporcionalidad se expresa en un «triple test» de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4º).

¹⁰ STC 7/1994, fundamento jurídico 3º.

puesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características.

c) Y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos éstos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts. 10.1 y 15 C.E.)”.

De esta manera, un modelo de salud pública, como el que se busca fomentar según lo establecido en la Ley General de Salud Pública, debe estar respaldado, desde una perspectiva legal rigurosa, por una relación equitativa entre la libertad de los ciudadanos y los intereses colectivos¹¹.

Este enfoque se justifica porque, en última instancia, la cuestión central en el ámbito de la salud pública, tanto desde un punto de vista jurídico como ético, radica en responder a la pregunta de hasta qué punto es aceptable la implementación y promoción de políticas por parte del Estado que, aunque puedan generar efectos altamente beneficiosos para la población en general, suelen incidir en los derechos y las libertades de ciudadanos individuales.

En suma, la respuesta a si el Estado puede imponer o no una vacunación obligatoria no es tanto una cuestión de “sí o no” como de proporcionalidad y contexto¹².

1.2. La aplicación de la vacunación efectiva sin previsión normativa explícita

Una de las conclusiones más evidentes que podemos extraer de nuestro ordenamiento jurídico en relación con la vacunación obligatoria es la ausencia de una previsión normativa explícita¹³. En el ámbito autonómico, el TSJ de Galicia en Auto 45/2021 rechazó la vacunación obligatoria del personal sanitario al no estar prevista legalmente ni ser necesaria dada la alta cobertura vacunal.

Ello obliga a plantear, en primer lugar, si es suficiente el contenido general y poco desarrollado de la LOMESP, especialmente, el relativo a su artículo 3¹⁴. El propio TC en el Auto 74/2021, de 20 de julio, donde trata la impugnación que realiza el gobierno a la reforma de la Ley 8/2008, de salud de Galicia, por Ley 8/2021, en relación con la medida previsto en ésta de “sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación” [art. 38.2 b) n.º 5], anteriormente comentada, reconoce que “la vacunación obligatoria no es una medida preventiva que aparezca expresamente contemplada en la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública, y supone una intervención corporal coactiva y practicada al margen de la voluntad del ciudadano”.

Al respecto, el Tribunal Supremo, en la Sentencia 788/2021 de 03 de junio de 2021, “no cree que su carácter escueto y genérico prive al art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 de idoneidad para dar cobertura a

¹¹ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. “El paradigma de la autonomía en salud pública ¿una contradicción o un fracaso anticipado?: el caso concreto de la política de vacunación”, *Derecho y Salud*, vol. 24, Extraordinario XXIII, 2014, p. 20,

¹² GARCÍA RUIZ, L. “Vacunas, certificados Covid y control de fronteras: reflexiones en torno al caso Djokovic”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49, nº 3, 2022, p. 93.

¹³ Recordemos, antes de abordar este tema, que en el sistema legal de España las situaciones de alto riesgo para la salud pública, como las epidemias causadas por enfermedades infecciosas, pueden ser tratadas de dos maneras. En primer lugar, mediante la declaración del estado de alarma o excepción por parte del Gobierno Nacional, dependiendo de la gravedad de las restricciones a los derechos y libertades, de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución Española y la Ley Orgánica 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES). En segundo lugar, las autoridades sanitarias competentes pueden tomar medidas ordinarias basadas en la legislación estatal y autonómica, a través de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP).

¹⁴ LOMESP, artículo 3: “Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas [...]”, Si bien, “[...] cuando se está en presencia de restricciones tan severas y generalizadas [...] la justificación pasa por acreditar que tales medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública”. Es decir, la TS resta valor a la capacidad previsor de la norma y su exhaustividad, a favor del juicio de ponderación y la proporcionalidad de las medidas implementadas (en el supuesto que nos ocupa, la vacunación obligatoria de la población)¹⁵.

En efecto, en la cuestión que nos ocupa, parece adecuado alejarnos del positivismo jurídico extremo que pretende una lista de medidas restrictivas de carácter definitivo y completo. En lugar de eso, el contenido debe ser abierto y de carácter ejemplificante.

1.3. La vacunación obligatoria como medida general no individualizada

Una segunda cuestión es si la LOMESP permite establecer la vacunación obligatoria como una medida generalizada, sin especificar ciudadanos concretos.

La Sala del Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el Auto 332/2020 del 10 de octubre concluye categóricamente que el artículo 3 de la LOMESP solo permite medidas individualizadas para personas específicas y no medidas generales para poblaciones enteras o grupos no definidos de personas. Sin embargo, la opinión mayoritaria de nuestros tribunales ha sido que el uso de esta norma permite tanto medidas individuales como colectivas.

Llegados a este punto, conviene destacar la valoración de Tolosa Tribiño para quien el derecho a la protección de la salud, artículo 43 CE, ha tenido siempre un enfoque individual¹⁶. Sin embargo, ha quedado más que patente su doble dimensión: individual y colectiva. Además de proteger la salud de cada individuo, también persigue la protección de los intereses generales de la sociedad, a través de la implementación de políticas preventivas para preservar la salud de la población en general.

Indudablemente, si consideramos que su contenido genérico y poco específico es suficiente para implantar esta medida, no podemos responder de un modo distinto a esta segunda cuestión. Y es que, las medidas individualizadas no encajan en una situación de crisis sanitaria que requiera la aplicación de la LOMESP. Es decir, debemos considerar que la esencia de la LOMESP es su carácter colectivo y que la misma ha sido planteada o diseñada para hacer frente a una crisis de salud pública.

En este sentido, la doctrina mayoritaria parece coincidir en el carácter colectivo y no individualizable de la LOMESP, de tal modo que “si sólo se pudieran adoptar para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, el referido segundo inciso resultaría redundante, sostraría, carecería de sentido”¹⁷.

Así, el artículo 3 podría ser interpretado como permitiendo la adopción de medidas individuales y también medidas más amplias en cuanto a su alcance, debido a la dificultad de prever casos específicos y medidas concretas¹⁸.

¹⁵ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *op. cit.*, p. 325. En esta misma línea, DOMENECH PASCUAL, G. “Comunidades Autónomas, derechos fundamentales y covid-19”, *El Almacén del Derecho*, 21 de julio de 2020; y RIDAO, J. *Derecho de crisis y Estado autonómico. Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la COVID-19*, Marcial Pons, Madrid, 2021. Debemos hacer valer la conclusión alcanzada por De Montalvo Jääskeläinen, para quien “cierta discrecionalidad o flexibilidad en la toma de decisiones por parte de las autoridades públicas en salvaguarda de la salud de la colectividad, no solo es adecuada, sino exigible, y ello, en aras, no de la defensa de la discrecionalidad y, menos aún, de la arbitrariedad, sino de la vida e integridad de los ciudadanos. La cláusula de habilitación puede ser algo genérica en su exposición de las medidas a adoptar, pero claramente no lo es en cuanto a la legitimidad de los intereses y valores a proteger y al estricto enjuiciamiento que se opera en aplicación del principio de proporcionalidad”.

¹⁶ TOLOSA TRIBIÑO, C. *op. cit.*, p. 2.

¹⁷ BARCELÓ DOMÉNECH, J. *op. cit.*; TOLOSA TRIBIÑO, C. *op. cit.*, p. 3.

¹⁸ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. *op. cit.*, p. 329.

2. Conclusiones

En este trabajo se afronta el estudio de la vacunación preventiva desde su doble vertiente jurídica, a saber: como derecho y/o como deber.

Desde la perspectiva de los derechos jurídicos, la vacunación sistemática indudablemente ostenta un alto valor. Se configura como una facultad reconocida por el ordenamiento jurídico al individuo, otorgándole la posibilidad de exigir a la Administración pública una conducta específica que, en esencia, se traduce en un deber u obligación en favor del paciente. No obstante, el alcance de la vacunación sistemática como derecho subjetivo, es decir, qué vacunas están comprendidas en el calendario de vacunación, está determinado por el desarrollo normativo vigente.

En cuanto a su consideración como deber, la vacunación preventiva suscita una mayor conflictividad legal. En principio, el ordenamiento jurídico español establece un sistema de vacunación con un enfoque claro hacia la voluntariedad. Más aún, sobre el mismo no se constituyen mecanismos que promuevan una vacunación forzosa, salvo contadas excepciones relacionadas con enfermedades no endémicas.

El ordenamiento jurídico de un país es una representación bastante fiel del contexto social que regula. En este sentido, el carácter voluntario de la vacunación en España manifiesta que la cobertura no representa un problema real.

En todo caso, del análisis del marco normativo regulador se desprende que, llegado el caso, el sistema dispone de mecanismos que son aceptados por el Tribunal Constitucional e incluso por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al respecto, la ponderación entre el derecho a la salud pública frente al derecho a la integridad física y la libertad del individuo generan un conflicto ético-jurídico que tiende a favorecer la protección colectiva por encima de las garantías individuales.

El estudio realizado pone de manifiesto la complejidad que entraña el análisis de la vacunación obligatoria desde una perspectiva jurídica. Si bien a primera vista podría considerarse una medida sen-

cilla de implementar en aras de la protección de la salud colectiva, una mirada más detenida revela la existencia de múltiples aristas que deben sopesarse cuidadosamente.

En el ordenamiento jurídico español, la vacunación posee un carácter eminentemente voluntario, tanto para la población general como para grupos específicos. Esta aproximación liberal ha demostrado ser eficaz, tal como lo evidencia la elevada cobertura vacunal históricamente alcanzada en nuestro país.

En particular, la escueta redacción de la Ley Orgánica 3/1986 y la ausencia de una regulación clara y detallada sobre el establecimiento de la vacunación obligatoria generan incertidumbre jurídica. Asimismo, se plantea la disyuntiva de si el marco legal actual permite únicamente medidas individualizadas o también acciones poblacionales más amplias.

El análisis efectuado permite concluir que, en caso de optar por la vacunación obligatoria, su implementación debe estar sujeta a un riguroso juicio de proporcionalidad. Las autoridades sanitarias tienen el deber de demostrar que esta medida, pese a incidir en derechos fundamentales como la integridad física y la libertad personal, es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto para salvaguardar la salud colectiva.

En síntesis, la obligatoriedad de la vacunación no debería considerarse un tabú. Sin embargo, su imposición requiere ineludiblemente de dos condiciones: una regulación legal clara y garantista, y la superación de un escrutinio estricto de proporcionalidad. Sólo así puede lograrse un equilibrio adecuado entre la autonomía individual y la protección de la salud pública.

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 obli-

gatoria 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 Bio-ética 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*, nº 9784, 2021.



CONGRESO / COMISIÓN DE SANIDAD

"Gestión directa" de la sanidad y otras normas anunciadas por la ministra de Sanidad

ADS. El anuncio de la ministra de Sanidad, Mónica García, de la intención del Gobierno de elaborar una ley específica para "garantizar y blindar la gestión directa" en todo el Sistema Nacional de Salud (SNS) no ha sido bien acogido por el sector sanitario, donde está muy consolidada la concertación y la gestión de centros públicos a través de consorcios, empresas públicas, fundaciones, y otras fórmulas de colaboración y concertación en distintas Comunidades Autónomas bajo propias competencias de gestión. La ministra ha llegado a afirmar en el Congreso de los Diputados que la prestación de servicios sanitarios mediante fórmulas de colaboración presenta "mayores tasas de mortalidad evitable".

Su anuncio en la primera reunión de la Comisión de Sanidad en el Congreso de los Diputados a finales de enero, se hace en un contexto tal de saturación de la sanidad pública que alguna Comunidad Autónoma ha tenido que derivar a hospitales privados a pacientes para tratar de reducir las listas de espera que no cesan de crecer en determinadas especialidades médicas.

Una ley de este tipo "fulminaría el modelo socio-sanitario", dijo en el Congreso la diputada Calvo Gómez, del grupo *Junts per Catalunya*, quien apuntó que otra iniciativa de la ministra anterior, Carolina Darias, "acabó en el cajón".

De otro lado, la ministra dijo además en la Comisión de Sanidad que se elaborará una ley de salud digital para alinear el marco legal con el futuro espacio europeo de datos sanitarios.

Durante este año se abordará la reforma de la *Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios* junto con la aprobación de los reales decretos de precio y financiación de medica-

mentos y productos sanitarios. De otro lado, se pretende ampliar progresivamente la prestación de salud bucodental en el Sistema Nacional de Salud para la población infanto juvenil, para embarazadas y personas con discapacidad intelectual y discapacidad limitante de movilidad y para aquellas personas que tengan un tumor cervicofacial. Asimismo, la ministra anunció que gafas y lentillas formarán parte de la cartera común de prestaciones.

Algunos parlamentarios critican que se haya dejado pasar la oportunidad de hablar de una ley de ELA y de prestar mayor atención al cáncer de mama masculino. Otras medidas anunciadas por la ministra García fueron las siguientes:

- incorporar la autojustificación de la ausencia por enfermedad leve al puesto de trabajo.
- regular el cannabis de uso terapéutico.
- actualizar el real decreto de listas de espera con normas que permitan recolectar datos en áreas críticas como psicología en tiempo real.
- reducir la obesidad infantil.
- reforzar el sistema de salud mental.
- vigilar las altas tasas de enfermedades de transmisión sexual.
- plan de inversiones para enfermedades raras.
- iniciar un plan de actuaciones ante el suicidio.
- incorporar a España en la Red europea frente al fraude y la corrupción en el sector de la salud.
- reformar el estatuto marco para mejorar las condiciones laborales de nuestros profesionales y retener el talento. Abordar aspectos relativos a la clasificación profesional, el desarrollo de competencias, el reconocimiento de conocimientos y competencias especializadas.
- duplicar la acreditación y oferta de plazas de psicólogos internos residentes e incrementar un 15% las de medicina de familia. Reconocer las especialidades de medicina de urgencias, de enfermedades infecciosas y de genética.
- avanzar en el diseño de la especialidad de psicología clínica infantil y juvenil.
- dar mayor protagonismo al personal de enfermería en atención primaria.
- más medidas de lucha contra el tabaquismo.

Sanidad elabora además un anteproyecto de ley centrado en la protección de la salud de menores respecto al consumo de alcohol.

INCORPORA DIRECTIVA

Anteproyecto de ley sobre condiciones laborales transparentes y previsibles

ADS. El Consejo de Ministros del 6 de febrero aprobó el anteproyecto de ley que incorporará a nuestro ordenamiento interno la *Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea*.

La futura norma introducirá el reconocimiento en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores del derecho a que las condiciones de trabajo sean previsibles lo que implica que el trabajador debe conocer de antemano su pauta de trabajo y, en su caso, los criterios en virtud de los cuales dichas condiciones pueden cambiar.

La norma exigirá que se hagan constar por escrito contratos de trabajo independientemente de su duración. Además, será obligatoria la información por escrito si se modifican los elementos esenciales de la relación laboral.

El contrato, en caso de no cumplir con la información obligatoria se presumirá indefinido a tiempo completo.

Se consideran condiciones esenciales de trabajo las relativas a:

- La duración del contrato.
- La duración de la jornada y su distribución.
- La duración del periodo de prueba.
- Duración de la jornada.

Las empresas deberán registrar la jornada de los trabajadores con contrato a tiempo parcial. Registrarán día a día su jornada, incluyendo el horario concreto de inicio y de finalización. La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial o viceversa, así como el incremento

o disminución de horas en el trabajo a tiempo parcial tendrá carácter siempre voluntario para el empleado sin que, en ningún caso, se pueda imponer de forma unilateral por la empresa.

En el caso de las horas complementarias pactadas, deberá constar en el acuerdo el número de horas, los días y las horas de referencia en los que se pueden solicitar los servicios del trabajador.

Se establece un **preaviso mínimo de tres días** para la realización de estas horas, un plazo que no se podrá rebajar mediante convenio. En caso de cancelación total o parcial de dichas horas sin respetar este plazo de preaviso implicará el derecho a la retribución correspondiente.

Se limita el **periodo de prueba** a un máximo de seis meses para técnicos titulados y de dos meses para el resto de trabajadores. En el caso de los contratos temporales y de duración determinada, si es concertado por un periodo igual o superior a seis meses, el periodo de prueba no podrá ser de más de un mes. En los contratos de duración menor, el periodo de prueba se reducirá en la misma proporción. Los convenios colectivos no podrán ampliar la duración de estos periodos de prueba.

Las empresas no podrán prohibir, limitar u otorgar un trato desfavorable a los trabajadores por la **prestación de servicios a otras empresas**.

Solo se podrán admitir restricciones en el caso de justificar causas objetivas como el respeto a la confidencialidad empresarial, la seguridad y la salud o la prevención de los conflictos de intereses, entre otras cuestiones.

El trabajador que cuente con seis meses de antigüedad en la empresa tendrá derecho a solicitar puestos vacantes que tengan una jornada a tiempo completo o mayor de la que disfrute, que sean de carácter indefinido o más previsibles o estables.

Estas solicitudes deberán recibir una respuesta motivada y por escrito en el plazo de 15 días o en el establecido por convenio siempre que no supere tres meses en el caso de las empresas con plantillas con menos de diez trabajadores o un mes si cuentan con más de diez.

PROYECTO DE LEY

La movilidad ‘sostenible’, a la negociación colectiva de grandes centros de trabajo

ADS. El proyecto de ley de movilidad sostenible, aprobado por el Consejo de Ministros del 13 de febrero, aboga por la movilidad y el transporte de ciudadanos como un derecho social. La movilidad supone un 29 % de las emisiones de gases de efectos invernadero, por lo que se instrumentan medidas para lograr modelos de vida saludables y ciudades más limpias y sanas.

La ‘negociación colectiva verde’ se incorpora por primera vez a nuestro ordenamiento jurídico. Las empresas, incluidas las del sector público, deberán disponer, en el plazo de 24 meses desde la entrada en vigor de la ley, de **planes de movilidad sostenible** al trabajo para aquellos centros de trabajo con más de 500 trabajadores o 250 por turno.

Estos planes deben ser negociados con la representación legal de los trabajadores o, en su defecto, con una comisión integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector, e incluirán medidas concretas de movilidad sostenible que contemplen, por ejemplo, el impulso de la movilidad activa, el transporte colectivo, la movilidad de cero emisiones, soluciones de movilidad tanto compartida como colaborativa o el **teletrabajo** en los casos en los que sea posible.

Los planes de movilidad sostenible deberán ser objeto de evaluación y de un seguimiento que permita seguir la implantación de las actuaciones y medidas recogidas en el mismo. También se incluirán medidas relativas a la seguridad y la prevención de accidentes en los desplazamientos al centro de trabajo. Para asegurar la negociación de los planes **se modifica el art. 85.1 del Estatuto de los Trabajadores**, para incorporar dentro del contenido obligatorio de los convenios colectivos el deber de negociar medidas para promover la elaboración de planes de movilidad sostenible al trabajo.

TJUE / Asuntos 59, 110 y 159/22

El TJUE respalda la conversión en fijos de contratos temporales sucesivos en la Administración

ADS. La sentencia del *Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)* del 22 de febrero de 2024 que se reproduce en este número de ADS (*asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22, ponente: Kumin, Andreas*) considera que la conversión en fijos de los contratos temporales y los indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente es una medida que podrían aplicar los Tribunales españoles para sancionar el abuso de la temporalidad en el sector público mientras no existan medidas en el Derecho nacional para prevenirlo.

Mientras no se convoque la Administración un proceso selectivo en los plazos legales establecidos, se entiende que el contrato de duración determinada "ha sido prorrogado automáticamente", afirma el TJUE.

Interpreta además el TJUE que una de las medidas adoptadas por España para reducir el abuso de la temporalidad en la Administración pública, como la indemnización de 20 días por año trabajado, no sería suficiente por sí sola para atajar el problema del abuso del empleo temporal "si tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada".

El TJUE responde a varias cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) en relación con tres trabajadores de la Administración -la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid y la Agencia Madrileña de Atención Social- que acumulan entre 25 y 30 años de servicio con contratos temporales sucesivos.

El TSJM plantea que quizás habría que contemplar una indemnización adicional por los daños produci-

dos por la temporalidad como alternativa a la declaración de fijeza para reparar el daño sufrido por el trabajador como *restitutio in integrum*, cuestión que el TJUE desestima al entender que "la petición de decisión prejudicial (...) no contiene ninguna explicación en cuanto a la indemnización (...) y no indica el texto de las disposiciones ni la jurisprudencia pertinente relativas a dicha indemnización en el Derecho español".

El TJUE interpreta la aplicación de distintas cláusulas del *Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada*, celebrado el 18 de marzo de 1999, incluido en anexo de la *Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada*, y concluye que:

- "a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, con arreglo a esta cláusula 5, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, **la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida**. Corresponde, en su caso, al tribunal nacional modificar la jurisprudencia nacional consolidada si ésta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de dicha cláusula 5.

- las cláusulas 2 y 3 del Acuerdo Marco deben interpretarse en el sentido de que **un trabajador indefinido no fijo debe considerarse un trabajador con contrato de duración determinada**, a efectos de dicho Acuerdo Marco, y, por lo tanto, está comprendido en el ámbito de aplicación de este último (respuesta a la primera cuestión prejudicial).

- la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», que figura en dicha disposición, comprende una situación en la que, al no haber convocado la Administración en cuestión, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo, **el contrato de duración determinada que vincula a ese trabajador con dicha**

Administración ha sido prorrogado automáticamente (respuesta a la 2ª cuestión prejudicial).

- la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del **Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prevé ninguna de las medidas contempladas en esta disposición ni «medida legal equivalente» alguna, a efectos de ésta, para evitar la utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos** (cuestiones prejudiciales tercera a quinta planteadas en los asuntos C-59/22 y C-110/22).

Considera, además, que la cláusula 5 del Acuerdo Marco:

- "se opone a una normativa nacional que establece el pago de una indemnización tasada, igual a veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, a todo trabajador cuyo empleador haya recurrido a una utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, cuando el abono de dicha indemnización por extinción de contrato es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos".

- "se opone a unas disposiciones nacionales según las cuales las «actuaciones irregulares» darán lugar a la exigencia de responsabilidades a las Administraciones Públicas «de conformidad con la normativa vigente en cada una de [dichas] Administraciones Públicas», cuando esas disposiciones nacionales no sean efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme a la citada cláusula".

- "se opone a una normativa nacional que establece la convocatoria de procesos de consolidación del empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales, entre ellos los trabajadores indefinidos no fijos, cuando dicha convocatoria es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de tales contratos de duración determinada".

A falta de medidas de prevención efectivas del abuso del empleo de interinos de larga duración, el TJUE considera que una solución es la conversión de

contratos temporales en fijos si los Tribunales españoles lo consideran compatible con la legislación comunitaria, en concreto con el *Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada*.

A pesar de las normas de estabilización del empleo público adoptadas por España, lo cierto es que no todas las plazas vacantes se incluyen en los procesos selectivos en el plazo de uno o dos años, por lo que a partir de dos o tres años el trabajador podría encontrarse en una situación de abuso del contrato temporal.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 299 / Enero 2022. 22 años como interino en el Sermas no dan derecho a una relación de fijeza (TS, Contencioso, 21 de diciembre de 2021. ECLI:ES:TS:2021:4813). La reclamación de una interina informática con 22 años de servicio en el Servicio Madrileño de Salud como técnico superior de gestión para que le fuera reconocida la fijeza y el derecho a la carrera vertical (promoción profesional, ascensos) y horizontal (movilidad horizontal, traslados) fue desestimada en primera instancia y por el Tribunal de apelación. El Tribunal Supremo mantiene que no es posible la fijeza del interino estatutario o funcionario salvo por los cauces reglados de mérito y oposición, ni la carrera vertical prevista en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aunque sí la horizontal del mismo texto legal al formar parte ésta del concepto de condiciones de trabajo consolidado por la doctrina comunitaria en aplicación de la cláusula 4 del Acuerdo Marco de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, "sin que sea posible un trato diferente entre quienes están en una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo con respecto a los fijos".

ADS nº 298 / Dic. 2021. La indemnización del cese del interino de larga duración en lo Contencioso: doctrina del Supremo. Porl. Barreda (la sentencia del 2 de diciembre de 2021 de la Sala de lo Contencioso del TS, ponente MARÍA DEL PILAR TESO GAMELLA es contraria a indemnizar de forma automática, no ya el cese del interino estatutario que en el caso de autos se declara conforme a Derecho, sino el abuso de la temporalidad aunque ésta sea declarada judicialmente. La indemnización sólo será posible mediante acreditación efectiva de perjuicios materiales, morales a través del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración).

ADS nº 298 / Dic. CORTES / Interinos con más de 5 años podrán consolidar plaza sin OPE.

ADS nº 296 / Oct. 2021. Rectificación de doctrina TS (Sala Social): indemnización del cese de interino de larga duración (de Servicios de Salud), por Iñigo Barreda.

ADS nº 291 / Abril 2021. Equiparación, permanencia y derecho a indemnización de médicos forenses interinos.

ADS nº 264 / Nov. 2018. TJUE / El juez nacional debe decidir si el cese del interino es indemnizable. Por Iñigo Barreda, Director de ADS (TJUE 20 nov. 2018, Asunto Ana de Diego Porras).

ADS nº 288 / Enero 2021. El abuso de la temporalidad obliga a mantener al eventual hasta la creación de la plaza. Iñigo Barreda, Director de ADS (Doctrina TS 1745/2020, de 16 de diciembre, Contencioso - Administrativo).

ADS nº 280 / Abril 2020. Conversión de eventual en indefinido

asimilado al interino y reconocimiento de antigüedad.

ADS nº 279 / Marzo 2020. El TJUE reitera su censura del abuso de la temporalidad en la sanidad pública.

ADS nº 277 / Enero. Consolidación doctrinal: no se puede cesar al interino hasta la vuelta del titular.

ADS nº 274 / Octubre 2019. Derechos de permanencia e indemnización de interinos de larga duración. Por Iñigo Barreda. ECLI:EU:C:2019:874 - CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL SRA. JULIANE KOKOTT presentadas el 17 de octubre de 2019. Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18. Domingo Sánchez Ruiz contra Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud). (C-103/18) y Berta Fernández Álvarez, BMM, TGV, Natalia Fernández Olmos, María Claudia Téllez Barragán contra Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (C-429/18).

ADS nº 272 / Jul. - Ag. 2019. TS / No se indemniza el cese de la interinidad de larga duración vinculada a una OPE (Serma, interinidad por vacante de enfermero, con contrato el 30 de abril de 2008 que se vincula a la OPE del 2003).

ADS nº 264 / Nov. 2018. TJUE / El juez nacional debe decidir si el cese del interino es indemnizable. (Por Iñigo Barreda, Director de ADS: "No indemnizar el cese de la interinidad prevista en el Estatuto de los Trabajadores (ET) es acorde con el ordenamiento comunitario, siempre y cuando se disponga de una medida eficaz para prevenir y sancionar los abusos en la contratación

de trabajadores interinos, lo que corresponde comprobar al Tribunal nacional. Así se pronuncia, resumidamente, el críptico fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 21 de noviembre de 2018, relativo al Asunto ANA DE DIEGO PORRAS, tras las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo").

ADS nº 263 / Octubre 2018. El TS fija la doctrina aplicable al abuso de nombramientos eventuales en Servicios de Salud. TS 1425/2018, Contencioso. Principio de efecto directo y de primacía de la Unión, SERVICIO VASCO DE SALUD, estatutaria eventual).

ADS nº 262 / Sept. 2018. La Comisión Europea investiga el uso abusivo de contratos temporales en el sector público (la Comisión Europea ha recibido un gran número de denuncias que señalan una posible vulneración del derecho de la Unión Europea relacionada con la aplicación de la Directiva 1999/70/CE en el ámbito de la Administración pública española, particularmente por lo que se refiere a la situación de los interinos. Dado el alto número de denuncias, la Comisión registra todas bajo un solo número de referencia (CHAP(2013)01917) y serán tratadas como una 'denuncia múltiple'.

ADS nº 262 / Septiembre 2018. La readmisión tras despido disciplinario improcedente no se aplica al empleado público temporal (TJUE, 25 de julio de 2018. Asunto C 96/17, Asunto Vernaza Ayovi - Consorcio Sanitario de Tarrasa, enfermera con contrato de interinidad laboral, cuestión prejudicial planteada por el Juzgado lo Social n2 de Tarrasa).

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 22 de febrero de 2024. Sala Sexta, C-59/2022, ponente: Kumin, Andreas, Nº de Recurso: C-59/2022 - ECLI: EU:C:2024:149

Asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22

MP y otros contra Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid y otros. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Procedimiento prejudicial — Política so-

cial — Directiva 1999/70/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada — Contratos de trabajo de duración determinada en el sector público — Personal laboral indefinido no fijo — Cláusulas 2 y 3 — Ámbito de aplicación — Concepto de "trabajador con contrato de duración determinada" — Cláusula 5 — Medidas que tienen por objeto prevenir y sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada — Medidas legales equivalentes.

SENTENCIA

En los asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22,

que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante autos de 22 de diciembre de 2021, 21 de diciembre de 2021 y 3 de febrero de 2022, recibidos en el Tribunal de Justicia el 27 de enero, el 17 de febrero y el 3 de marzo de 2022, respectivamente, en los procedimientos entre

MP y Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid (C-59/22),

entre

IP y Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (C-110/22),

y entre

IK y Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid (C-159/22),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

integrado por el Sr. P. G. Xuereb, en funciones de Presidente de Sala, y el Sr. A. Kumin (Ponente) y la Sra. I. Ziemele, Jueces;

Abogado General: Sr. M. Szpunar;
Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos; consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid y la Agencia Ma-

drileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid, por el Sr. A. Caro Sánchez, en calidad de agente;

- en nombre del Gobierno español, por la Sra. M. J. Ruiz Sánchez, en calidad de agente;

- en nombre de la Comisión Europea, por las Sras. I. Galindo Martín y D. Recchia y el Sr. N. Ruiz García, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

1. Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, «Acuerdo Marco»), que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (DO 1999, L 175 p. 43).

2. Estas peticiones se han presentado en el contexto de sendos litigios entre MP y la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid, en el asunto C-59/22; entre IP y la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), en el asunto C-110/22, y entre IK y la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid, en el asunto C-159/22, en relación con la calificación de la relación laboral que vincula a los interesados con la Administración Pública correspondiente.

Marco jurídico
Derecho de la Unión
Directiva 1999/70

3. Según el considerando 17 de la Directiva 1999/70: «En lo referente a los términos empleados en el Acuerdo marco, no definidos en el mismo de manera específica, la presente Directiva permite que sean los Estados miembros quienes definan dichos términos en conformidad con el derecho y las prácticas nacionales, como ocurre con otras directivas adoptadas en el ámbito social que emplean términos similares, a condición de que dichas definiciones respeten el contenido del Acuerdo marco».

4. El artículo 2, párrafo primero, de esta Directiva establece lo siguiente:

«Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva [y deberán adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la presente Directiva. [...]»

Acuerdo Marco

5. La cláusula 2 del Acuerdo Marco, titulada «Ámbito de aplicación», establece cuanto sigue:

«1. El presente Acuerdo se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro.

2. Los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, podrán prever que el presente Acuerdo no se aplique a:

- a) las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje;
- b) los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos.»

6. La cláusula 3 del Acuerdo Marco, titulada «Definiciones», dispone lo siguiente:

«A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por

1. "trabajador con contrato de duración determinada": el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado;

[...]».

7. La cláusula 5 del Acuerdo Marco, titulada «Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva», dispone cuanto sigue: «1. A efectos de prevenir los abusos como

consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

- a) se considerarán "sucesivos";
- b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.»

Derecho español

Constitución

8. El artículo 23, apartado 2, de la Constitución Española (en lo sucesivo, «Constitución»), dispone que los ciudadanos «tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes».

9. El artículo 103, apartado 3, de la Constitución establece, entre otras cosas, que la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos y el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

Legislación relativa a los contratos de duración determinada

– Estatuto de los Trabajadores

10. El artículo 15, apartado 3, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cuyo texto refundido fue aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de

octubre (BOE n.º 255, de 24 de octubre de 2015, p. 100224), disponía, en su versión aplicable a los hechos de los litigios principales (en lo sucesivo, «Estatuto de los Trabajadores»), que «se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley».

11. El artículo 15, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores disponía lo siguiente:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos. [...]»

12. La disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, relativa a la «Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas», puntualizaba que la inobservancia de esos límites en las «Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes» no impedía «la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable», de manera que «el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo».

– EBEP

13. La Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo texto refundido fue aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (BOE n.º 261, de 31 de octubre de 2015, p. 103105), en su versión aplicable a los hechos de los litigios principales (en lo sucesivo, «EBEP»), fue modificada, entre otros, por el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas

urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE n.º 161, de 7 de julio de 2021, p. 80375), en su versión aplicable a los hechos de los litigios principales (en lo sucesivo, «Real Decreto-ley 14/2021»).

14. Conforme al artículo 8 del EBEP:

«1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.

2. Los empleados públicos se clasifican en:

- a) Funcionarios de carrera.
- b) Funcionarios interinos.
- c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.
- d) Personal eventual.»

15. Según el artículo 11, apartados 1 y 3, del EBEP:

«1. Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

[...]

3. Los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia.»

16. El artículo 55, apartado 1, del EBEP dispone lo siguiente:

«Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.»

17. El artículo 70 del EBEP, titulado «Oferta de empleo público», establece cuanto sigue:

«1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante

la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.

2. La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente.

[...]»

18. El artículo 1, apartado 3, del Real Decreto-ley 14/2021 introdujo la disposición adicional decimoséptima en el EBEP, la cual establece, en primer lugar, la obligación de las Administraciones Públicas de velar por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino. Acto seguido, dicha disposición adicional decimoséptima indica, en particular, que las «actuaciones irregulares» en la presente materia «darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas». Por último, la misma disposición adicional decimoséptima establece también el derecho de los trabajadores a percibir, sin perjuicio de las eventuales indemnizaciones previstas en la normativa laboral, una compensación por la contratación temporal irregular, consistente en el pago de la diferencia entre el importe máximo resultante de la aplicación de la regla de veinte días de salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que correspondiera percibir por la extinción del contrato. Esta compensación es exigible en el momento de la resolución del contrato y se limita al contrato del que traiga causa el incumplimiento de la normativa.

– Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2017 y 2018

19. La disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (BOE n.o 161, de 4 de julio de 2018, p. 66621), en su versión aplicable a los hechos de los litigios principales (en lo sucesivo, «Ley de Pre-

supuestos Generales del Estado para el año 2018»), que sustituyó a la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (BOE n.o 153, de 28 de junio de 2017, p. 53787) (en lo sucesivo, «Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017»), establece, en particular, que la condición de trabajador indefinido no fijo solo puede concederse cuando ello se derive de una resolución judicial. Esta disposición adicional cuadragésima tercera establece que las «actuaciones irregulares» cometidas en materia de contratación temporal por «los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental» darán lugar a la exigencia de responsabilidades a dichos órganos, «de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas».

Litigios principales y cuestiones prejudiciales

Asunto C-59/22

20. MP trabaja todos los veranos, desde el 22 de octubre de 1994, en el servicio de prevención de incendios de la Comunidad de Madrid. MP tiene reconocida por sentencia de 27 de diciembre de 2007 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que es el tribunal remitente, la «relación laboral indefinida discontinua» desde el inicio de la relación.

21. El 13 de noviembre de 2020, MP presentó escrito de reclamación previa ante la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid, en el que solicitaba, por un lado, la conversión de su contrato de trabajo en un contrato de trabajo fijo y, por otro, el abono de una indemnización equivalente a la prevista en el Derecho español por despido improcedente. La Administración en cuestión no respondió a dicha reclamación previa.

22. MP presentó entonces una demanda ante el Juzgado de lo Social n.o 18 de Madrid. En apoyo de esta demanda, formuló las mismas pretensiones que en la reclamación previa mencionada en el apartado anterior. Mediante sentencia de 10 de junio de 2021, dicho Juzgado desestimó la demanda. MP recurrió esta sentencia ante el tribunal remitente. En apoyo de su recurso de suplicación, alega que la desestimación de dicha demanda resultó del incumplimiento, por un lado, del Derecho español y, por otro, del Acuerdo Marco, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Según MP, la sanción adecuada del recurso

abusivo por parte de la Administración a contratos contrarios a cualquier norma es el reconocimiento del carácter fijo de su relación laboral y el abono de una indemnización.

23. Al albergar dudas, en primer lugar, sobre la aplicabilidad del Acuerdo Marco, y en particular de su cláusula 5, a un trabajador, como MP, que, desde el inicio de su relación laboral, ha estado vinculado a la Administración Pública por un contrato indefinido no fijo; en segundo lugar, sobre la conformidad del Derecho español correspondiente a este tipo de contrato con esa misma cláusula, y, en tercer lugar, sobre las consecuencias que deben extraerse de la eventual disconformidad de ese Derecho con la citada cláusula, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Si a efectos de la cláusula segunda del acuerdo anexo a la Directiva [1999/70], el trabajador "indefinido no fijo", tal y como se ha descrito en esta resolución, debe ser considerado como un "trabajador con contrato de duración determinada" y está incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco y, en particular, de su cláusula quinta.

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, si a efectos de la aplicación de la cláusula quinta del [Acuerdo Marco] debe considerarse que ha existido una "utilización sucesiva" de contratos temporales o renovaciones sucesivas en el caso de un trabajador vinculado por un contrato indefinido no fijo con una Administración cuando dicho contrato no tiene fijado un término de duración, sino que está sujeto en su vigencia a la convocatoria y cobertura de la plaza, lo que daría lugar a su finalización, cuando dicha convocatoria no se ha producido entre la fecha de inicio de la relación laboral y el primer semestre de 2021.

3) Si la cláusula quinta [del Acuerdo Marco] debe interpretarse en el sentido de que es contraria a una interpretación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores (que tiene como finalidad cumplir la Directiva y para ello establece una duración máxima de 24 meses a la suma de los contratos temporales sucesivos de los trabajadores durante un período de referencia de 30 meses), según la cual queden excluidos de cómputo los períodos trabajados como indefinidos no fijos, dado que en tal caso para esos contratos no habría ninguna limitación aplicable, ni para la duración, número o causa de sus renovaciones ni para su encadenamiento con otros contratos.

4) Si la cláusula quinta del [Acuerdo Marco] se opone a una legislación estatal que no fija límite alguno (ni en número, duración o causas) para las renovaciones, expresas o tácitas, de un determinado contrato temporal, como es el de indefinidos no fijos del sector público, limitándose a fijar un límite para la duración encadenada de dicho contrato con otros contratos temporales.

5) No habiéndose dictado por el legislador español ninguna norma limitativa de las renovaciones, expresas o tácitas, de la contratación de los trabajadores indefinidos no fijos, ¿debe considerarse como una vulneración de la cláusula quinta del [Acuerdo Marco] el caso de un trabajador del sector público, como el del litigio presente, que tiene un contrato de indefinido no fijo cuya duración prevista no ha sido nunca expresada ni precisada y que se ha prolongado hasta 2021 sin que se haya convocado ningún proceso selectivo para cubrir su plaza y poner fin a la situación de temporalidad?

6) ¿Puede considerarse que la legislación nacional contiene medidas suficientemente disuasorias por el uso de sucesivas contrataciones o renovaciones de contratos temporales contrarias a la cláusula quinta del Acuerdo Marco, que cumplan con los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE en sus sentencias de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16 [EU:C:2018:166], Santoro, y de 8 de mayo de 2019 en el asunto C-494/17 [EU:C:2019:387], Rossato, en lo relativo a la reparación del daño sufrido por el trabajador mediante la restitución in integrum, cuando solamente prevé una indemnización tasada y objetiva (de veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad), pero no existe previsión alguna de una indemnización adicional para llegar a reparar íntegramente el daño producido, si excediese de ese importe?

7) ¿Puede considerarse que la legislación nacional contiene medidas suficientemente disuasorias por el uso de sucesivas contrataciones o renovaciones de contratos temporales contrarias a la cláusula quinta del Acuerdo Marco, que cumplan con los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE en sus sentencias de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, Santoro, y de 8 de mayo de 2019 en el asunto C-494/17, Rossato, en lo relativo a la reparación del daño sufrido por el trabajador, cuando solamente prevé una indemnización que se devenga en el momento de la extinción del contrato por cobertura de la plaza, pero no contempla indemnización alguna durante la vigencia del contrato como alternativa a su declaración como indefinido? ¿En un litigio en el que solamente se cuestiona la fijeza del trabajador, pero no se ha producido la extinción del con-

trato, sería preciso reconocer una indemnización por los daños producidos por la temporalidad como alternativa a la declaración de fijeza?

8) ¿Puede considerarse que la legislación nacional contiene medidas suficientemente disuasorias contra las Administraciones Públicas y entidades del sector público por el uso de sucesivas contrataciones o renovaciones de contratos temporales contrarias a la cláusula quinta del Acuerdo Marco dirigidas a "prevenir y sancionar el recurso abusivo a contratos de duración determinada" por parte de la entidad empleadora en relación con otros trabajadores y de futuro, que cumplan con los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE en sus sentencias de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, Santoro, y de 8 de mayo de 2019 en el asunto C-494/17, Rossato, cuando dichas medidas consisten en unas normas legales introducidas a partir de 2017 (disposición adicional 34.a de la [Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017], disposición adicional 43.a de la [Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018] y [Real Decreto-ley 14/2021]) que dicen que se exigirán responsabilidades por las "actuaciones irregulares", sin concretar esas responsabilidades más que por remisión genérica a normativa que no especifica y sin que conste la existencia de ningún supuesto concreto de exigencia de responsabilidades, en el contexto de miles de sentencias que declaran a trabajadores indefinidos no fijos por incumplimiento de las normas sobre contratación temporal?

9) En el caso de que dichas normas se considerasen suficientemente disuasorias, dado que fueron introducidas por primera vez en 2017, ¿pueden aplicarse las mismas para evitar la transformación de contratos en indefinidos cuando los requisitos para dicha transformación por incumplimiento de la cláusula quinta del Acuerdo Marco eran anteriores en el tiempo o por el contrario ello supondría una aplicación retroactiva y expropriatoria de dichas normas?

10) En caso de considerar que no existen medidas suficientemente disuasorias en la legislación española, ¿la consecuencia de la vulneración de la cláusula quinta [del Acuerdo Marco] por un empleador público debe ser la consideración del contrato como indefinido no fijo o debe reconocerse al trabajador como fijo plenamente?

11) ¿La conversión del contrato en fijo en aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva [1999/70] y la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la misma debe imponerse incluso si se considerase contraria a

los artículos 23.2 y 103.3 de la [Constitución], si estas normas constitucionales se interpretan en el sentido de que imponen que el acceso a todo empleo público, incluida la contratación laboral, solamente puede producirse después de que el candidato supere un proceso selectivo concurrencial en el que se apliquen los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad?

12) ¿La conversión del contrato en fijo del concreto trabajador debe dejarse de aplicar por el hecho de que por medio de Ley se establezca la convocatoria de un proceso de consolidación del empleo temporal, haciendo una convocatoria pública para la cobertura de la plaza ocupada por el trabajador, teniendo en cuenta que en dicho proceso debe garantizarse "el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad" y por tanto el trabajador objeto del uso sucesivo de contrataciones o renovaciones temporales puede no consolidar su plaza, por ser adjudicada a otra persona, en cuyo caso su contrato se extinguiría con una indemnización calculada a razón de 20 días de salario por año trabajado hasta el límite de una anualidad de salario?

13) Si el trabajador, aun cuando no sea despedido, tiene derecho a una indemnización igual o superior a esa cifra, y a determinar por los Tribunales en caso de no cuantificarse legalmente, por el uso de sucesivas contrataciones o renovación de su contrato contrarias a la cláusula quinta.

14) Si afecta en algo a todo lo anterior, y en su caso en qué forma, el hecho de que se trate de una relación laboral indefinida discontinua, cuando ello se ha traducido en una cascada de contratos temporales, temporada tras temporada, según se indica en el recurso de la trabajadora.»

Asunto C-110/22

24. IP trabaja para la UNED como «encargado de producción de vídeo» desde el 11 de febrero de 1994, sobre la base de contratos temporales sucesivos.

25. Mediante sentencia de 29 de septiembre de 2001 del Juzgado de lo Social n.º 15 de Madrid se declaró su condición de trabajador indefinido no fijo. El puesto de trabajo ocupado por el demandante en el litigio principal en tal condición, aun cuando la UNED lo consideraba vacante, no había sido aún objeto de una convocatoria de plaza vacante en la fecha en la que dicho demandante en el litigio principal sometió el asunto al Juzgado de lo Social n.º 42 de Madrid. Ante

este tribunal, el demandante en el litigio principal solicitó el reconocimiento judicial del derecho a su puesto de trabajo como indefinido fijo o, subsidiariamente, que dicho puesto le fuera adjudicado mediante concurso de méritos. Tras la desestimación de esta demanda mediante sentencia de 1 de junio de 2021, el demandante en el litigio principal interpuso recurso de suplicación contra dicha sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que es el tribunal remitente.

26. En apoyo de su recurso de suplicación, IP alega el incumplimiento de las disposiciones, por un lado, del Derecho español y, por otro, del Acuerdo Marco tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia. En su opinión, la única consecuencia posible que puede extraerse de tal incumplimiento es el reconocimiento de fijeza, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

27. El tribunal remitente puntualiza que, en la medida en que la Directiva 1999/70 no era aún aplicable *ratione temporis* a los contratos temporales celebrados antes de 2001, el objeto del litigio principal se refiere únicamente a las circunstancias posteriores a la sentencia de 29 de septiembre de 2001.

28. Además, según dicho tribunal, a diferencia de lo que sostiene la UNED en el procedimiento principal, no puede aplicarse la «teoría del acto claro». Así pues, a criterio de ese mismo tribunal, al no haber recibido el Tribunal de Justicia una explicación suficiente sobre el concepto de «trabajador indefinido no fijo», no cabe considerar que, en la sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (C-726/19, EU:C:2021:439), el Tribunal de Justicia declarara que el reconocimiento de la condición de trabajador indefinido no fijo bastaba para reparar el perjuicio sufrido por el trabajador.

29. En estas circunstancias, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) Si a efectos de la cláusula segunda del [Acuerdo Marco], el trabajador "indefinido no fijo", tal y como se ha descrito en esta resolución, debe ser considerado como un "trabajador con contrato de duración determinada" y está incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco y, en particular, de su cláusula quinta.

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, si a efectos de la aplicación de la cláusula quinta

del [Acuerdo Marco] debe considerarse que ha existido una "utilización sucesiva" de contratos temporales o renovaciones sucesivas en el caso de un trabajador vinculado por un contrato indefinido no fijo con una Administración cuando dicho contrato no tiene fijado un término concreto de duración, sino que está sujeto en su vigencia a la futura convocatoria y cobertura de la plaza, cuando dicha convocatoria no se ha llevado a cabo entre 2002 y el primer semestre de 2021.

3) Si la cláusula quinta [del Acuerdo Marco] debe interpretarse en el sentido de que es contraria a una interpretación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores (que tiene como finalidad cumplir la Directiva [1999/70] y para ello establece una duración máxima de 24 meses a la suma de los contratos temporales sucesivos de los trabajadores durante un periodo de referencia de 30 meses), según la cual queden excluidos de cómputo los periodos trabajados como indefinidos no fijos, dado que en tal caso para esos contratos no habría ninguna limitación aplicable, ni para la duración, número o causa de sus renovaciones ni para su encadenamiento con otros contratos.

4) Si la cláusula quinta del [Acuerdo Marco] se opone a una legislación estatal que no fija límite alguno (ni en número, duración o causas) para las renovaciones, expresas o tácitas, de un determinado contrato temporal, como es el de indefinidos no fijos del sector público, limitándose a fijar un límite para la duración encadenada de dicho contrato con otros contratos temporales.

5) No habiéndose dictado por el legislador español ninguna norma limitativa de las renovaciones, expresas o tácitas, de la contratación de los trabajadores indefinidos no fijos, ¿debe considerarse como una vulneración de la cláusula quinta del [Acuerdo Marco] el caso de un trabajador del sector público, como el del litigio presente, que tiene un contrato de indefinido no fijo cuya duración prevista no ha sido nunca expresada ni precisada y que se ha prolongado desde, cuando menos, el año 2002 (readmisión tras el despido) hasta 2021 sin que se haya convocado ningún proceso selectivo para cubrir su plaza y poner fin a la situación de temporalidad?

6) ¿Puede considerarse que la legislación nacional contiene medidas suficientemente disuasorias por el uso de sucesivas contrataciones o renovaciones de contratos temporales contrarias a la cláusula quinta del Acuerdo Marco, que cumplan con los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE en sus sentencias de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16 [EU:C:2018:166],

Santoro, y de 8 de mayo de 2019 en el asunto C-494/17 [EU:C:2019:387], Rossato, en lo relativo a la reparación del daño sufrido por el trabajador mediante la restitución in integrum, cuando solamente prevé una indemnización tasada y objetiva (de veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad), pero no existe previsión alguna de una indemnización adicional para llegar a reparar íntegramente el daño producido, si excediese de ese importe?

7) ¿Puede considerarse que la legislación nacional contiene medidas suficientemente disuasorias por el uso de sucesivas contrataciones o renovaciones de contratos temporales contrarias a la cláusula quinta del Acuerdo Marco, que cumplan con los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE en sus sentencias de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, Santoro, y de 8 de mayo de 2019 en el asunto C-494/17, Rossato, en lo relativo a la reparación del daño sufrido por el trabajador, cuando solamente prevé una indemnización que se devenga en el momento de la extinción del contrato por cobertura de la plaza, pero no contempla indemnización alguna durante la vigencia del contrato como alternativa a su declaración como indefinido? ¿En un litigio en el que solamente se cuestiona la fijeza del trabajador, pero no se ha producido la extinción del contrato, sería preciso reconocer una indemnización por los daños producidos por la temporalidad como alternativa a la declaración de fijeza?

8) ¿Puede considerarse que la legislación nacional contiene medidas suficientemente disuasorias contra las Administraciones Públicas y entidades del sector público por el uso de sucesivas contrataciones o renovaciones de contratos temporales contrarias a la cláusula quinta del Acuerdo Marco dirigidas a "prevenir y sancionar el recurso abusivo a contratos de duración determinada" por parte de la entidad empleadora en relación con otros trabajadores y de futuro, que cumplan con los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE en sus sentencias de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, Santoro, y de 8 de mayo de 2019 en el asunto C-494/17, Rossato, cuando dichas medidas consisten en unas normas legales introducidas a partir de 2017 (disposición adicional 34.a de la [Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017], disposición adicional 43.a de la [Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018] y [Real Decreto-ley 14/2021]) que dicen que se exigirán responsabilidades por las "actuaciones irregulares", sin concretar esas responsabilidades más que por remisión genérica a normativa que no especifica y sin que conste la existencia de ningún supuesto concreto de exigencia de respon-

sabilidades, en el contexto de miles de sentencias que declaran a trabajadores indefinidos no fijos por incumplimiento de las normas sobre contratación temporal?

9) En el caso de que dichas normas se considerasen suficientemente disuasorias, dado que fueron introducidas por primera vez en 2017, ¿pueden aplicarse las mismas para evitar la transformación de contratos en indefinidos cuando los requisitos para dicha transformación por incumplimiento de la cláusula quinta del Acuerdo Marco eran anteriores en el tiempo o por el contrario ello supondría una aplicación retroactiva y expropriatoria de dichas normas?

10) En caso de considerar que no existen medidas suficientemente disuasorias en la legislación española, ¿la consecuencia de la vulneración de la cláusula quinta del [Acuerdo Marco] por un empleador público debe ser la consideración del contrato como indefinido no fijo o debe reconocerse al trabajador como fijo plenamente, sin matizaciones?

11) ¿La conversión del contrato en fijo en aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva [1999/70] y la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la misma debe imponerse, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, incluso si se considerase contraria a los artículos 23.2 y 103.3 de la [Constitución], si estas normas constitucionales se interpretan en el sentido de que imponen que el acceso a todo empleo público, incluida la contratación laboral, solamente puede producirse después de que el candidato supere un proceso selectivo concurrencial en el que se apliquen los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad? Dado que es posible otra interpretación, que es la seguida por el Tribunal Constitucional, ¿debe aplicarse a las normas constitucionales del Estado el principio de interpretación conforme, de manera que sea obligatorio optar por la interpretación que las hace compatibles con el Derecho de la Unión, en este caso entendiendo que los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución no obligan a aplicar los principios de igualdad, mérito y capacidad a los procesos de contratación de personal laboral?

12). ¿La conversión del contrato en fijo en aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva [1999/70] y la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la misma puede no aplicarse si antes de que esa conversión sea decretada judicialmente se establece por medio de una Ley un proceso de consolidación del empleo temporal que debe desarrollarse los próximos años, que supone realizar convocatorias públicas para la cobertura de la

plaza ocupada por el trabajador, teniendo en cuenta que en dicho proceso debe garantizarse "el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad" y por tanto el trabajador objeto del uso sucesivo de contrataciones o renovaciones temporales puede consolidar su plaza, pero también no hacerlo, por ser adjudicada a otra persona, en cuyo caso su contrato se extinguiría con una indemnización calculada a razón de 20 días de salario por año trabajado hasta el límite de una anualidad de salario?»

Asunto C-159/22

30. IK trabaja desde el 21 de diciembre de 1998 para la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid, en virtud de sucesivos contratos temporales, con una interrupción de contratos entre 1999 y 2010.

31. El 14 de octubre de 2020, IK presentó una demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 21 de Madrid con objeto de que se reconociera que el contrato de trabajo celebrado con su empleador era de duración indefinida o, subsidiariamente, que dicho contrato era indefinido no fijo. Mediante sentencia de 19 de abril de 2021, dicho tribunal desestimó la demanda.

32. IK interpuso recurso de suplicación contra dicha sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que es el tribunal remitente. En apoyo de su recurso, invoca el incumplimiento tanto del Derecho español como de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia. Además, IK alega que la única solución que cumple con los requisitos que establece el juez de la Unión Europea es la declaración de su relación laboral como indefinida y, subsidiariamente, como indefinida no fija.

33. El tribunal remitente puntualiza que el objeto del litigio principal se refiere exclusivamente al último contrato de trabajo, es decir, el contrato de interinidad por vacante, celebrado el 1 de agosto de 2016 por las partes en el litigio principal y que se prolongó al menos hasta la fecha de la sentencia recurrida, a saber, el 19 de abril de 2021. Dicho tribunal señala que, conforme al Derecho español, en particular, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2021, dictada para dar aplicación a la cláusula 5 del Acuerdo Marco, tal como se interpreta en la sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (C-726/19, EU:C:2021:439), es preciso concluir, en el caso de autos, que la Administración en cuestión ha realizado un uso abusivo de con-

tratos temporales sucesivos, contrario a la citada cláusula 5. En efecto, dicha Administración no convocó la plaza vacante y renovó así tácitamente, año tras año, el contrato controvertido en el litigio principal. No obstante, según dicho tribunal, queda por determinar si tal infracción debe tener como consecuencia conceder a la trabajadora en el litigio principal la condición de trabajadora con contrato de duración indefinida.

34. Además, según el tribunal remitente, por la misma razón que la expuesta en el apartado 28 de la presente sentencia, la «teoría del acto claro» no se aplica en el caso de autos.

35. En estas circunstancias, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Puede considerarse que la legislación nacional contiene medidas suficientemente disuasorias por el uso de sucesivas contrataciones o renovaciones de contratos temporales contrarias a la cláusula quinta del Acuerdo Marco, que cumplan con los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE en sus sentencias de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16 [EU:C:2018:166], Santoro, y de 8 de mayo de 2019 en el asunto C-494/17 [EU:C:2019:387], Rossato, en lo relativo a la reparación del daño sufrido por el trabajador mediante la restitución in integrum, cuando solamente prevé una indemnización tasada y objetiva (de veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad), pero no existe previsión alguna de una indemnización adicional para llegar a reparar íntegramente el daño producido, si excediese de ese importe?

2) ¿Puede considerarse que la legislación nacional contiene medidas suficientemente disuasorias por el uso de sucesivas contrataciones o renovaciones de contratos temporales contrarias a la cláusula quinta del Acuerdo Marco, que cumplan con los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE en sus sentencias de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, Santoro, y de 8 de mayo de 2019 en el asunto C-494/17, Rossato, en lo relativo a la reparación del daño sufrido por el trabajador, cuando solamente prevé una indemnización que se devenga en el momento de la extinción del contrato por cobertura de la plaza, pero no contempla indemnización alguna durante la vigencia del contrato como alternativa a su declaración como indefinido? ¿En un litigio en el que solamente se cuestiona la fijeza del trabajador, pero no se ha producido la extinción del contrato, sería preciso reconocer una indemnización por

los daños producidos por la temporalidad como alternativa a la declaración de fijeza?

3) ¿Puede considerarse que la legislación nacional contiene medidas suficientemente disuasorias contra las Administraciones Públicas y entidades del sector público por el uso de sucesivas contrataciones o renovaciones de contratos temporales contrarias a la cláusula quinta del Acuerdo Marco dirigidas a "prevenir y sancionar el recurso abusivo a contratos de duración determinada" por parte de la entidad empleadora en relación con otros trabajadores y de futuro, que cumplan con los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE en sus sentencias de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, Santoro, y de 8 de mayo de 2019 en el asunto C-494/17, Rossato, cuando dichas medidas consisten en unas normas legales introducidas a partir de 2017 (disposición adicional 34.a de la [Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017], disposición adicional 43.a de la [Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018] y [Real Decreto-ley 14/2021]) que dicen que se exigirán responsabilidades por las "actuaciones irregulares", sin concretar esas responsabilidades más que por remisión genérica a normativa que no especifica y sin que conste la existencia de ningún supuesto concreto de exigencia de responsabilidades, en el contexto de miles de sentencias que declaran a trabajadores indefinidos no fijos por incumplimiento de las normas sobre contratación temporal?

4) En caso de considerar que no existen medidas suficientemente disuasorias en la legislación española, ¿la consecuencia de la vulneración de la cláusula quinta del [Acuerdo Marco] por un empleador público debe ser la consideración del contrato como indefinido no fijo o debe reconocerse al trabajador como fijo plenamente, sin matizaciones?

5) ¿La conversión del contrato en fijo en aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva [1999/70] y la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la misma debe imponerse, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, incluso si se considerase contraria a los artículos 23.2 y 103.3 de la [Constitución], si estas normas constitucionales se interpretan en el sentido de que imponen que el acceso a todo empleo público, incluida la contratación laboral, solamente puede producirse después de que el candidato supere un proceso selectivo concurrencial en el que se apliquen los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad? Dado que es posible otra interpretación, que es la seguida por el Tribunal Constitucional, ¿debe aplicarse a las normas constitucionales del Estado el principio de

interpretación conforme, de manera que sea obligatorio optar por la interpretación que las hace compatibles con el Derecho de la Unión, en este caso entendiendo que los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución no obligan a aplicar los principios de igualdad, mérito y capacidad a los procesos de contratación de personal laboral?.

6) ¿La conversión del contrato en fijo en aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva [1999/70] y la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la misma puede no aplicarse si antes de que esa conversión sea decretada judicialmente se establece por medio de una Ley un proceso de consolidación o estabilización del empleo temporal que debe desarrollarse los próximos años, que supone realizar convocatorias públicas para la cobertura de la plaza ocupada por el trabajador, teniendo en cuenta que en dicho proceso debe garantizarse "el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad" y por tanto el trabajador objeto del uso sucesivo de contrataciones o renovaciones temporales puede consolidar su plaza, pero también no hacerlo, por ser adjudicada a otra persona, en cuyo caso su contrato se extinguiría con una indemnización calculada a razón de 20 días de salario por año trabajado hasta el límite de una anualidad de salario?..»

Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

36. Mediante resolución de 27 de abril de 2022, se acordó la acumulación de los asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22 a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento y de la sentencia.

Competencia del Tribunal de Justicia y admisibilidad de las peticiones de decisión prejudicial

37. Las demandadas en los litigios principales en los asuntos C-59/22 y C-159/22 y el Gobierno español consideran que el Tribunal de Justicia no es competente para responder a las peticiones de decisión prejudicial y que, en cualquier caso, procede declarar su inadmisibilidad.

38. En primer lugar, según esas demandadas y ese Gobierno, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre las peticiones de decisión prejudicial en la medida en que implican una interpretación del Derecho nacional.

39. Además, según dichas demandadas y dicho Gobierno, estas peticiones equivalen a exigir al Tribunal de

Justicia que emita una opinión consultiva de alcance general sobre la figura, propia del Derecho español, del «trabajador indefinido no fijo», basándose en aspectos sobre los que ya ha pronunciado en distintas ocasiones.

40. Consideran que, más concretamente, tales peticiones pretenden cuestionar dos premisas esenciales ya sentadas en la jurisprudencia Tribunal de Justicia, a saber, en primer término, la de que la conversión de un contrato de trabajo en un «contrato indefinido no fijo» constituye una sanción adecuada para una situación de abuso en la utilización de la contratación temporal y, en segundo término, la de que los Estados miembros no tienen la obligación, al amparo del Acuerdo Marco, de convertir una relación laboral temporal en fija, cuando existan normas internas que permitan sancionar y disuadir el abuso en contratación temporal.

41. En segundo lugar, las demandadas en los asuntos C-59/22 y C-159/22 alegan que, al incluir en las peticiones de decisión prejudicial cuestiones relativas a la concesión de una indemnización en favor del trabajador afectado, el tribunal remitente amplía el objeto de los litigios principales. Añaden que los demandantes en los litigios principales únicamente solicitaron, en el marco de esos litigios, el reconocimiento de la fijeza de su relación laboral. Por lo tanto, consideran que debe declararse la inadmisibilidad de dichas peticiones en cuanto se refieren a cuestiones relativas a la concesión de tal indemnización, ya que esas cuestiones plantean un problema de naturaleza hipotética.

42. A este respecto, procede recordar que el sistema de cooperación establecido por el artículo 267 TFUE se basa en una clara separación de funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia. En el marco de un procedimiento entablado con arreglo a dicho artículo, la interpretación de las normas nacionales incumbe a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y no al Tribunal de Justicia, sin que corresponda a este pronunciarse sobre la compatibilidad de las normas de Derecho interno con el Derecho de la Unión. En cambio, el Tribunal de Justicia es competente para proporcionar al tribunal nacional todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que le permitan apreciar la compatibilidad de las normas de Derecho interno con la normativa de la Unión (sentencia de 25 de octubre de 2018, Sciottto, C-331/17, EU:C:2018:859, apartado 27 y jurisprudencia citada).

43. Asimismo, debe recordarse que, en el contexto de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los ór-

ganos jurisdiccionales nacionales establecida en el artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión judicial que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse [sentencia de 3 de junio de 2021, Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca — MIUR y otros (Investigadores universitarios), C-326/19, EU:C:2021:438, apartado 35 y jurisprudencia citada].

44. De lo anterior se deduce que las cuestiones relativas al Derecho de la Unión gozan de una presunción de pertinencia. El Tribunal de Justicia solo puede abstenerse de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulte evidente que la interpretación solicitada de una norma de la Unión no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para dar una respuesta útil a las cuestiones que se le hayan planteado [véase la sentencia de 3 de junio de 2021, Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca — MIUR y otros (Investigadores universitarios), C-326/19, EU:C:2021:438, apartado 36 y jurisprudencia citada].

45. En los casos de autos, es preciso señalar que de los elementos facilitados por el tribunal remitente se desprende claramente que, en los asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22, los demandantes en los litigios principales celebraron varios contratos de trabajo temporales sucesivos y que, en los asuntos C-59/22 y C-110/22, la relación laboral ya fue recalificada, mediante sentencias de 27 de diciembre de 2007 y de 29 de septiembre de 2001, respectivamente, como «relación laboral indefinida no fija». Dicho esto, según el tribunal remitente, persiste la duda en cuanto a si, de conformidad con las cláusulas 2 y 3 del Acuerdo Marco, tal relación está comprendida en el ámbito de aplicación de dicho Acuerdo Marco.

46. Además, de las peticiones de decisión prejudicial se desprende inequívocamente que el tribunal remitente considera que la conversión de una relación laboral abusiva en una «relación laboral indefinida no fija» no constituye una medida que sancione debidamente

dicha relación laboral abusiva, de modo que, en los litigios principales, tendrá que determinar las medidas nacionales que permitan sancionar, conforme a las exigencias resultantes de la Directiva 1999/70, la utilización abusiva de sucesivas relaciones laborales de duración determinada.

47. Pues bien, en estas circunstancias, no resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada por el tribunal remitente —a saber, la de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco— no guarde relación alguna ni con la realidad ni con el objeto de los litigios principales o que las cuestiones relativas a la concesión de una indemnización, prevista en el Derecho español, como medida que sanciona, conforme a las exigencias de la Directiva 1999/70, el recurso abusivo a las relaciones laborales temporales de que se trata, susciten un problema de naturaleza hipotética.

48. Por otra parte, la supuesta impugnación, mediante las peticiones de decisión prejudicial, de las dos premisas sentadas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia forma parte del análisis en cuanto al fondo de dichas peticiones y, por lo tanto, no afecta a la competencia del Tribunal de Justicia para responder a tales peticiones ni a la admisibilidad de estas.

49. Dicho esto, mediante la decimotercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-59/22, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si la concesión de una indemnización adicional a la mencionada en las cuestiones prejudiciales sexta y séptima planteadas en los asuntos C-59/22 y C-110/22 y en las cuestiones prejudiciales primera y segunda planteadas en el asunto C-159/22, que fijarán los tribunales nacionales, podría constituir una medida adecuada, en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, para sancionar los abusos derivados de la utilización de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente.

50. A este respecto, procede recordar que, como, en el procedimiento establecido en el artículo 267 TFUE, la petición de decisión prejudicial sirve de fundamento al procedimiento ante el Tribunal de Justicia, es indispensable que el órgano jurisdiccional nacional exponga, en esa petición, el marco fáctico y normativo en el que se inscribe el litigio principal y facilite unas explicaciones mínimas sobre los motivos de la elección de las disposiciones del Derecho de la Unión cuya interpretación solicita y sobre la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio del que conoce (sentencia de 5 de mayo de 2022, *Universiteit Antwerpen y otros*, C-265/20,

EU:C:2022:361, apartado 24 y jurisprudencia citada).

51. Estas exigencias acumulativas relativas al contenido de una petición de decisión prejudicial figuran expresamente en el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. El órgano jurisdiccional remitente, en el marco de la cooperación instaurada en el artículo 267 TFUE, debe tener conocimiento de ellas y está obligado a respetarlas escrupulosamente, y se recuerdan, en particular, en las Recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (DO 2019, C 380, p. 1) (sentencia de 5 de mayo de 2022, *Universiteit Antwerpen y otros*, C-265/20, EU:C:2022:361, apartado 25 y jurisprudencia citada).

52. También es oportuno recordar que la información que figura en la petición de decisión prejudicial no solo sirve para permitir que el Tribunal de Justicia ofrezca respuestas útiles, sino también para dar a los Gobiernos de los Estados miembros y a las otras partes interesadas la posibilidad de presentar observaciones conforme al artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A este último incumbe velar por la preservación de esa posibilidad, teniendo en cuenta que en virtud de esa disposición solo se notifican a las partes interesadas las resoluciones de remisión, acompañadas de una traducción a la lengua oficial de cada Estado miembro, con exclusión de los autos nacionales que el tribunal remitente haya enviado en su caso al Tribunal de Justicia (sentencia de 5 de mayo de 2022, *Universiteit Antwerpen y otros*, C-265/20, EU:C:2022:361, apartado 26 y jurisprudencia citada).

53. Pues bien, debe señalarse que la petición de decisión prejudicial presentada en el asunto C-59/22 no contiene ninguna explicación en cuanto a la indemnización a la que se refiere la decimotercera cuestión prejudicial planteada y no indica el texto de las disposiciones ni la jurisprudencia pertinente relativas a dicha indemnización en el Derecho español.

54. Por lo tanto, procede declarar la inadmisibilidad de la decimotercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-59/22.

55. Por lo que respecta a la decimocuarta cuestión prejudicial planteada en el asunto C-59/22, mediante la que el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el hecho de que la demandante en el litigio principal fuera contratada como trabajadora «indefinida discontinua» afecta a la respuesta que debe darse a las cuestiones

prejudiciales, resulta que, aun cuando de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que, en Derecho español, los contratos correspondientes a la condición de «personal laboral indefinido discontinuo» forman parte de la categoría de contratos indefinidos no fijos, el tribunal remitente no indica el texto de las disposiciones ni la jurisprudencia pertinente relativas a dicha condición en el Derecho español. Además, el tribunal remitente no explica por qué considera que dicha condición podría afectar a la interpretación de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco.

56. Por lo tanto, habida cuenta de la jurisprudencia citada en los apartados 50 a 52 de la presente sentencia, procede declarar la inadmisibilidad de la decimocuarta cuestión prejudicial planteada en el asunto C-59/22.

57. De las consideraciones anteriores resulta, por un lado, que el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre las peticiones de decisión prejudicial y, por otro, que estas son admisibles, a excepción de las cuestiones prejudiciales decimotercera y decimocuarta planteadas en el asunto C-59/22.

SOBRE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

Primera cuestión prejudicial planteada en los asuntos C-59/22 y C-110/22

58. Mediante la primera cuestión prejudicial planteada en los asuntos C-59/22 y C-110/22, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si las cláusulas 2 y 3 del Acuerdo Marco deben interpretarse en el sentido de que un trabajador indefinido no fijo debe considerarse un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos de dicho Acuerdo Marco, y, por lo tanto, comprendido en su ámbito de aplicación.

59. A este respecto, en primer lugar, según reiterada jurisprudencia, del tenor de la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo Marco resulta que el ámbito de aplicación de este se concibe con amplitud, pues en él se incluyen de manera general «los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro». Además, la definición del concepto de «trabajador con contrato de duración determinada», contenida en la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo Marco, engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y con independencia de la califica-

ción de su contrato en Derecho interno (sentencia de 3 de junio de 2021, Servicio Aragonés de Salud, C-942/19, EU:C:2021:440, apartado 31 y jurisprudencia citada).

60. En segundo lugar, es preciso recordar que, como se desprende claramente del título y del tenor de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo Marco, esta disposición se limita a definir el concepto de «trabajador con contrato de duración determinada» y a designar, en ese marco, el elemento característico de un contrato de duración determinada, a saber, la circunstancia de que el término de un contrato de ese tipo viene determinado por «condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado» (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 46).

61. Por consiguiente, el Acuerdo Marco se aplica a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleador, siempre que el vínculo establecido sea un contrato o una relación laboral en el sentido del Derecho nacional, y con la única salvedad del margen de apreciación que confiere a los Estados miembros la cláusula 2, apartado 2, del Acuerdo Marco en cuanto a la aplicación de este último a algunas categorías de contratos o de relaciones laborales y la exclusión, conforme al párrafo cuarto del preámbulo del Acuerdo Marco, de los trabajadores puestos a disposición por agencias de trabajo temporal (sentencia de 3 de junio de 2021, Servicio Aragonés de Salud, C-942/19, EU:C:2021:440, apartado 32 y jurisprudencia citada).

62. En los casos de autos, de las peticiones de decisión prejudicial se desprende que, en el ámbito del sector público, el concepto de «trabajador indefinido no fijo» constituye una creación jurisprudencial y que debe distinguirse del concepto de «trabajador fijo».

63. A este respecto, el tribunal remitente señala que, mientras que la extinción del contrato de un trabajador fijo está sujeta a las causas de extinción y a las condiciones generales establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, la extinción del contrato de un trabajador indefinido no fijo está sujeta, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a una causa de extinción específica. Así pues, en caso de conversión de la relación laboral de que se trate en un contrato indefinido no fijo, la Administración de que se trate está obligada a seguir el procedimiento para cubrir la plaza ocupada

por el trabajador indefinido no fijo, aplicando los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. Una vez cubierta la plaza, el contrato del trabajador indefinido no fijo queda extinguido, salvo si el propio trabajador ha participado en el procedimiento y obtenido la adjudicación de la referida plaza.

64. Dicho tribunal puntualiza que, según el Tribunal Supremo, un contrato indefinido no fijo, cuya duración está limitada por la producción de un hecho o acontecimiento determinado, a saber, la adjudicación definitiva de la plaza ocupada por el trabajador en cuestión a quien haya superado la oposición que debe convocar la Administración de que se trate para cubrir dicha plaza, debe considerarse como contrato de duración determinada a efectos de la aplicación de la Directiva 1999/70.

65. Por ende, dada la naturaleza del contrato indefinido no fijo, tal como se define, según el tribunal remitente, en el Derecho español, debe considerarse que unos trabajadores como los demandantes en los litigios principales en los asuntos C-59/22 y C-110/22 tienen la condición de «trabajador con contrato de duración determinada», en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo Marco, y, por lo tanto, están comprendidos en el ámbito de aplicación de este último.

66. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial planteada en los asuntos C-59/22 y C-110/22 que las cláusulas 2 y 3 del Acuerdo Marco deben interpretarse en el sentido de que un trabajador indefinido no fijo debe considerarse un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos de dicho Acuerdo Marco, y, por lo tanto, está comprendido en el ámbito de aplicación de este último.

Segunda cuestión prejudicial planteada en los asuntos C-59/22 y C-110/22

67. Mediante la segunda cuestión prejudicial planteada en los asuntos C-59/22 y C-110/22, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», que figura en la cláusula 5 del Acuerdo Marco, debe interpretarse en el sentido de que comprende una situación en la que un trabajador está vinculado a una Administración por un único contrato indefinido no fijo, cuando dicho contrato no tiene fijado un término concreto de duración, sino que se extingue en caso de adjudicación de la plaza en cuestión a raíz de una convocatoria de plazas, y dicha Adminis-

tración no ha organizado tal convocatoria en el plazo establecido.

68. A este respecto, es preciso recordar que la cláusula 5 del Acuerdo Marco tiene como finalidad alcanzar uno de los objetivos perseguidos por este, en concreto imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de trabajadores, estableciendo cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de asalariados (sentencia 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 26 y jurisprudencia citada).

69. Por consiguiente, la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco impone a los Estados miembros, a efectos de prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes (sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 27 y jurisprudencia citada).

70. Por lo tanto, del tenor de esta disposición del Acuerdo Marco y de reiterada jurisprudencia se desprende que dicha disposición solo se aplica en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, de modo que un contrato que sea el primer y único contrato de trabajo de duración determinada no está incluido en el ámbito de aplicación de esa disposición (sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 28 y jurisprudencia citada).

71. Asimismo, debe precisarse que, según jurisprudencia reiterada, la cláusula 5, apartado 2, letra a), del Acuerdo Marco deja, en principio, a los Estados miembros o a los interlocutores sociales la tarea de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán «sucesivos», a efectos del Acuerdo Marco (sentencia 3 de junio 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 29 y jurisprudencia citada).

72. Aunque esta decisión de remitir a los Estados miembros o a los interlocutores sociales la determina-

ción de las modalidades concretas de aplicación del término «sucesivos», a efectos del Acuerdo Marco, se explica por el afán de preservar la diversidad de las normativas nacionales en esta materia, procede no obstante recordar que el margen de apreciación así atribuido a las autoridades nacionales no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o la efectividad del Acuerdo Marco. En particular, dichas autoridades no deben ejercer esta facultad de apreciación de tal modo que se llegue a una situación que pueda dar lugar a abusos, lo que sería contrario al mencionado objetivo (sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 30 y jurisprudencia citada).

73. En efecto, los Estados miembros están obligados a garantizar el resultado exigido por el Derecho de la Unión, tal como se deduce no solo del artículo 288 TFUE, párrafo tercero, sino también del artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, interpretado a la luz de su considerando 17 (sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 31 y jurisprudencia citada).

74. Los límites a la facultad de apreciación conferida a los Estados miembros, mencionados en el apartado 72 de la presente sentencia, se imponen muy especialmente cuando se trata de un concepto clave, como es el de sucesivas relaciones laborales, que resulta decisivo para determinar el propio ámbito de aplicación de las disposiciones nacionales destinadas a aplicar el Acuerdo Marco (sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 32 y jurisprudencia citada).

75. En los casos de autos, de las peticiones de decisión prejudicial planteadas en los asuntos C-59/22 y C-110/22 se desprende que, en primer lugar, cuando un trabajador es declarado «trabajador indefinido no fijo», esta declaración, aunque pueda considerarse una sanción contra el empleador de que se trate por la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, tiene como efecto sustituir por tal condición los contratos temporales que dicho trabajador haya podido celebrar anteriormente, de modo que, con dicha declaración, la relación laboral en cuestión pasa a ser, desde el inicio, una relación laboral indefinida no fija. De este modo, los contratos temporales celebrados con anterioridad dejan de estar vigentes y

dicho trabajador queda vinculado desde el principio por un único contrato indefinido no fijo.

76. En segundo lugar, en el marco de estos asuntos, el tribunal remitente puntualiza que el contrato indefinido no fijo no tiene establecida una fecha determinada de extinción, sino que su finalización está supeditada a la cobertura de la plaza en cuestión y que la convocatoria del procedimiento para la cobertura de dicha plaza es obligatoria para la Administración.

77. En tercer lugar, el tribunal remitente señala, en el marco del asunto C-59/22, que no se ha convocado ninguna prueba de selección desde el inicio de la relación laboral indefinida no fija controvertida en el litigio principal, es decir, desde hace 27 años. Asimismo, de la petición de decisión prejudicial presentada en el asunto C-110/22 resulta que la convocatoria fue aplazada y aún no había tenido lugar en la fecha de interposición del recurso principal en este asunto, de modo que el demandante en el litigio principal está vinculado a la Administración de que se trata en virtud de un contrato indefinido no fijo desde hace 20 años.

78. Pues bien, concluir que no existen sucesivas relaciones laborales de duración determinada, a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, por la mera razón de que un trabajador esté vinculado a la Administración de que se trate mediante un único contrato indefinido no fijo, mientras que, como resulta de las peticiones de decisión prejudicial, por un lado, este último contrato, también de naturaleza temporal, sustituye, como sanción, a sucesivos contratos temporales y, por otro lado, la permanencia de este trabajador indefinido no fijo en la plaza en cuestión se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de convocar, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de dicha plaza, de modo que su relación laboral, en consecuencia, ha sido renovada tácitamente durante varios años, podría comprometer el objeto, la finalidad y la efectividad de dicho Acuerdo Marco (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 35 y jurisprudencia citada).

79. En efecto, tal interpretación restrictiva del concepto de «sucesivas relaciones laborales de duración determinada» permitiría emplear a trabajadores de forma precaria durante años (sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 36 y jurisprudencia citada).

80. Además, dicha interpretación restrictiva podría tener por efecto no solo excluir, en la práctica, un gran número de relaciones laborales de duración determinada de la protección de los trabajadores perseguida por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo Marco, vaciando de gran parte de su contenido el objetivo perseguido por estos, sino también permitir la utilización abusiva de tales relaciones por parte de los empleadores para satisfacer necesidades permanentes y estables en materia de personal (sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 37 y jurisprudencia citada).

81. En los casos de autos, dado que la Administración en cuestión no convocó en el plazo establecido un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo, las prórrogas automáticas de dicho contrato de duración determinada pueden asimilarse a renovaciones y, por consiguiente, a la celebración de distintos contratos de duración determinada. De ello se deduce que las situaciones controvertidas en los litigios principales de los asuntos C-59/22 y C-110/22 no se caracterizan por la celebración de un único contrato, sino por la celebración de contratos que efectivamente pueden calificarse de «sucesivos» a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, extremo que corresponde comprobar al tribunal remitente.

82. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial planteada en los asuntos C-59/22 y C-110/22 que la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», que figura en dicha disposición, comprende una situación en la que, al no haber convocado la Administración en cuestión, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo, el contrato de duración determinada que vincula a ese trabajador con dicha Administración ha sido prorrogado automáticamente.

*Cuestiones prejudiciales tercera a quinta
planteadas en los asuntos C-59/22 y C-110/22*

83. Por lo que se refiere a las cuestiones prejudiciales tercera a quinta planteadas en los asuntos C-59/22 y C-110/22, el tribunal remitente precisa que, en la medida en que el concepto de «contrato indefinido no fijo» es una creación jurisprudencial, no existe norma-

tiva española para este tipo de contrato. Por lo tanto, afirma que el legislador español no ha adoptado ninguna de las medidas previstas en la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco para evitar los abusos que pudieran derivarse de la utilización de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente.

84. Dicho esto, el tribunal remitente considera que no cabe excluir que, en virtud del principio de interpretación conforme, el artículo 15, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores, que establece un límite al encadenamiento de contratos temporales, se aplique también a los contratos indefinidos no fijos.

85. Sin embargo, el tribunal remitente señala que, incluso en ese supuesto, persistiría la duda sobre la conformidad de la normativa española con la cláusula 5 del Acuerdo Marco, dado que dicho artículo 15, apartado 5, no establecería ningún límite para la duración o renovación, expresa o tácita, de contratos indefinidos no fijos, sino que se limitaría a establecer un límite temporal para el encadenamiento de un único contrato indefinido no fijo con otros contratos temporales.

86. En este contexto, mediante las cuestiones prejudiciales tercera a quinta planteadas en los asuntos C-59/22 y C-110/22, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prevé ninguna de las medidas contempladas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula, ni «medida legal equivalente» alguna, a efectos de esta, para evitar la utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos.

87. A este respecto, es preciso recordar, como se señala en los apartados 68 y 69 de la presente sentencia, que la cláusula 5 del Acuerdo Marco, que tiene por objeto alcanzar uno de los objetivos perseguidos por este, a saber, establecer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, impone a los Estados miembros, en su apartado 1, la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes.

Las tres medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula se refieren, respectivamente, a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de esos sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales y al número de sus renovaciones (sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño

de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 43 y jurisprudencia citada).

88. Los Estados miembros disponen a este respecto de un margen de apreciación, ya que tienen la opción de recurrir a una o varias de las medidas enunciadas en la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco o incluso a medidas legales existentes equivalentes, y ello teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores o categorías de trabajadores (sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 44 y jurisprudencia citada).

89. De ese modo, la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco asigna a los Estados miembros un objetivo general, consistente en la prevención de tales abusos, dejándoles sin embargo la elección de los medios para alcanzarlo, siempre que no pongan en peligro el objetivo o la efectividad de este Acuerdo Marco (sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 45 y jurisprudencia citada).

90. Además, es preciso recordar que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que esta tarea incumbe a los tribunales nacionales competentes, que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional aplicable cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo Marco (véase la sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 50 y jurisprudencia citada).

91. Por lo tanto, corresponde al tribunal remitente apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que estas constituyan una medida apropiada para evitar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 51 y jurisprudencia citada).

92. No obstante, el Tribunal de Justicia, al pronunciarse en un procedimiento prejudicial, puede aportar, en su caso, precisiones destinadas a orientar a los tribunales nacionales en su apreciación (sentencia de 3

de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 52 y jurisprudencia citada).

93. De los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que tanto la demandada en el litigio principal del asunto C-59/22 como el Gobierno español alegan que, como consideró el Tribunal Supremo, la figura del «trabajador indefinido no fijo» responde a las características de las tres medidas enunciadas en la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Consideran que, en primer término, hay una razón objetiva para la aplicación de esta modalidad contractual: la garantía del acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, remediando al mismo tiempo una situación de contratación irregular en el sector público, hasta el momento en que se produzca la cobertura de la plaza; en segundo término, hay una duración máxima que depende de la convocatoria de la vacante, convocatoria que el trabajador contratado puede activar y que debe producirse en un plazo máximo conforme al Derecho español, y, en tercer término, se excluye la sucesión, porque no hay renovaciones de este tipo de contrato.

94. En este contexto, dado que, según el tribunal remitente, como se indica en los apartados 83 a 85 de la presente sentencia, el Derecho español no prevé, para la categoría de contratos indefinidos no fijos, ninguna medida destinada a evitar la utilización abusiva de esos contratos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco, y que el artículo 15, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores, pese a ser interpretado conforme a los requisitos de dicha cláusula, tampoco constituye tal medida, es preciso, para dar una respuesta útil al referido tribunal, aportar precisiones sobre el argumento formulado por la demandada en el litigio principal del asunto C-59/22 y por el Gobierno español, tal como se recoge en el apartado 93 de la presente sentencia.

95. Por lo que respecta, en primer término, a las razones objetivas expuestas por las demandadas en el litigio principal y por el Gobierno español, a saber, la garantía del acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, remediando al mismo tiempo una situación de contratación irregular en el sector público, hasta el momento en que se produzca la cobertura de la plaza, debe señalarse, como resulta del propio tenor de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco, que esta última disposición se refiere a las razones objetivas que justifiquen la «renovación» de los contratos de duración determi-

nada y no a las razones objetivas que justifiquen la aplicación, como tal, de un tipo de contrato, como el contrato indefinido no fijo.

96. Por lo que respecta, en segundo término, a la convocatoria, dentro de los plazos establecidos, de procesos selectivos para la cobertura definitiva de las plazas ocupadas provisionalmente por trabajadores temporales, es preciso señalar que tal medida es adecuada para evitar que se perpetúe la situación de precariedad de dichos trabajadores, al garantizar que las plazas que ocupan se cubran rápidamente de manera definitiva (sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, EU:C:2020:219, apartado 94).

97. Por consiguiente, en las situaciones controvertidas en los litigios principales, la convocatoria de tales procesos dentro de los plazos establecidos puede prevenir, en principio, los abusos derivados de la utilización sucesiva de relaciones laborales de duración determinada a la espera de que dichas plazas se cubran de manera definitiva (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, EU:C:2020:219, apartado 95).

98. Precisado este aspecto, de las peticiones de decisión prejudicial se desprende que, en los casos de autos, pese a que la normativa aplicable en los litigios principales establece plazos concretos para que la Administración de que se trate convoque tales procesos, en realidad dichos plazos no se respetan y esos procesos son poco frecuentes.

99. En estas circunstancias, una normativa nacional que prevé la convocatoria de procesos selectivos que tienen por objeto cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas provisionalmente por trabajadores temporales, así como los plazos concretos a tal fin, pero que no garantiza que esos procesos se convoquen efectivamente, no parece que pueda evitar la utilización abusiva, por parte del empleador de que se trate, de sucesivas relaciones laborales de duración determinada (sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, EU:C:2020:219, apartado 97).

100. En consecuencia, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponderá efectuar al tribunal remitente, no parece que tal normativa constituya una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme al Acuerdo Marco y, por lo tanto, no puede

calificarse como «medida legal equivalente», a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

101. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales tercera a quinta planteadas en los asuntos C-59/22 y C-110/22 que la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prevé ninguna de las medidas contempladas en esta disposición ni «medida legal equivalente» alguna, a efectos de esta, para evitar la utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos.

Cuestiones prejudiciales sexta y séptima planteadas en los asuntos C-59/22 y C-110/22 y cuestiones prejudiciales primera y segunda planteadas en el asunto C-159/22

102. Mediante las cuestiones prejudiciales sexta y séptima planteadas en los asuntos C-59/22 y C-110/22 y las cuestiones prejudiciales primera y segunda planteadas en el asunto C-159/22, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece el pago de una indemnización tasada, igual a veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, a todo trabajador cuyo empleador haya recurrido a una utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente.

103. A este respecto, es preciso recordar que la cláusula 5 del Acuerdo Marco no establece sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal supuesto, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme al Acuerdo Marco (sentencia de 13 de enero de 2022, MIUR y Ufficio Scolastico Regionale per la Campania, C-282/19, EU:C:2022:3, apartado 81 y jurisprudencia citada).

104. Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que, cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivos y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión. En efecto, según los propios términos del artí-

culo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, los Estados miembros deben «[adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por [dicha] Directiva» (sentencia de 13 de enero de 2022, MIUR y Ufficio Scolastico Regionale per la Campania, C-282/19, EU:C:2022:3, apartado 84 y jurisprudencia citada).

105. En los casos de autos, de las peticiones de decisión prejudicial resulta que, de conformidad con el Derecho español, se reconoce una indemnización tasada a los trabajadores indefinidos no fijos cuando su contrato se extingue por cobertura de la plaza, lo que supone, bien que han participado en el proceso selectivo y que no lo han superado, o bien que no han participado en dicho proceso.

106. Pues bien, el Tribunal de Justicia ha declarado que el abono de una indemnización por extinción de contrato no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco, consistente en prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada. En efecto, tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada (sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 74 y jurisprudencia citada).

107. Por lo tanto, esa medida no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme al Acuerdo Marco, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 103 de la presente sentencia (véase la sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 75 y jurisprudencia citada).

108. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales sexta y séptima planteadas en los asuntos C-59/22 y C-110/22 y a las cuestiones prejudiciales primera y segunda planteadas en el asunto C-159/22 que la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que esta-

blece el pago de una indemnización tasada, igual a veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, a todo trabajador cuyo empleador haya recurrido a una utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, cuando el abono de dicha indemnización por extinción de contrato es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos.

Cuestiones prejudiciales octava y novena planteadas en los asuntos C-59/22 y C-110/22 y tercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-159/22

109. Mediante la octava cuestión prejudicial planteada en los asuntos C-59/22 y C-110/22 y la tercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-159/22, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a unas disposiciones nacionales según las cuales las «actuaciones irregulares» darán lugar a la exigencia de responsabilidades a las Administraciones Públicas «de conformidad con la normativa vigente en cada una de [dichas] Administraciones Públicas».

110. En caso de respuesta negativa a estas cuestiones prejudiciales, el tribunal remitente, mediante la novena cuestión prejudicial planteada en los asuntos C-59/22 y C-110/22, pregunta, en esencia, si dichas disposiciones nacionales, adoptadas a partir de 2017, deberían aplicarse a los abusos cometidos antes de su entrada en vigor.

111. A este respecto, procede recordar que, de conformidad con los requisitos resultantes de la jurisprudencia citada en el apartado 103 de la presente sentencia, corresponderá al tribunal remitente comprobar si dichas disposiciones nacionales son efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme al Acuerdo Marco. Corresponderá, en particular, a dicho tribunal comprobar si esas mismas disposiciones nacionales constituyen unas medidas efectivas no solo para evitar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, sino también para sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión.

112. De las peticiones de decisión prejudicial se desprende que el propio tribunal remitente parece albergar dudas en cuanto a la conformidad, con la cláusula 5 del Acuerdo Marco, de las disposiciones nacionales de que se trata, a saber, la disposición adicional cuadra-

gésima tercera de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 y la disposición adicional decimoséptima del EBEP introducida por el Real Decreto-ley 14/2021. Según dicho tribunal, en primer término, la expresión «actuaciones irregulares» no está definida y, por lo tanto, es demasiado imprecisa para permitir la imposición de sanciones o la imputación de responsabilidades que cumplan con un principio de tipicidad y certeza. En segundo término, estas disposiciones nacionales no especifican las responsabilidades que se pueden exigir y se limitan a remitirse a «la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas», que no puede identificarse. En tercer término, el tribunal remitente no tiene constancia de que se haya exigido responsabilidad a ninguna Administración Pública por haber promovido o suscrito sucesivos contratos temporales.

113. En estas circunstancias, procede declarar que, habida cuenta del marco jurídico nacional mencionado en las peticiones de decisión prejudicial, el tenor de la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 y el de la disposición adicional decimoséptima del EBEP parecen tener un grado de ambigüedad y de abstracción tal que no resultan comparables al mecanismo italiano de responsabilidad de las Administraciones, al que se refiere el Tribunal de Justicia en la sentencia de 7 de marzo de 2018, Santoro (C-494/16, EU:C:2018:166), que, junto con otras medidas efectivas y disuasorias, había sido declarado adecuado para fundamentar la conformidad de la normativa italiana con la cláusula 5 del Acuerdo Marco, sin perjuicio de las comprobaciones que incumbían al tribunal remitente en el asunto que dio lugar a dicha sentencia.

114. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la octava cuestión prejudicial planteada en los asuntos C-59/22 y C-110/22 y a la tercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-159/22 que la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a unas disposiciones nacionales según las cuales las «actuaciones irregulares» darán lugar a la exigencia de responsabilidades a las Administraciones Públicas «de conformidad con la normativa vigente en cada una de [dichas] Administraciones Públicas», cuando esas disposiciones nacionales no sean efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme a la citada cláusula.

115. Teniendo en cuenta la respuesta dada a la octava cuestión prejudicial planteada en los asuntos C-59/22

y C-110/22, no procede pronunciarse sobre la novena cuestión prejudicial planteada en esos mismos asuntos.

Decimosegunda cuestión prejudicial planteada en los asuntos C-59/22 y C-110/22 y sexta cuestión prejudicial planteada en el asunto C-159/22

116. Mediante la decimosegunda cuestión prejudicial planteada en los asuntos C-59/22 y C-110/22 y la sexta cuestión prejudicial planteada en el asunto C-159/22, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece la convocatoria de procesos de consolidación del empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales, entre ellos los trabajadores indefinidos no fijos.

117. A este respecto, es preciso señalar que el Tribunal de Justicia ha puntualizado que, aun cuando la convocatoria de procesos selectivos ofrezca a los empleados públicos que hayan sido contratados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones laborales de duración determinada la oportunidad de intentar acceder a la estabilidad en el empleo, ya que, en principio, pueden participar en dichos procesos, tal circunstancia no exime a los Estados miembros del cumplimiento de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada. En efecto, esos procesos, cuyo resultado es además incierto, también están abiertos, en general, a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, EU:C:2020:219, apartado 100).

118. Por lo tanto, dado que la convocatoria de dichos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones laborales ni para eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión. Así pues, no parece que permita alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco (véase, en este sentido, sentencia de 19 marzo 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, EU:C:2020:219, apdo. 101).

119. En los casos de autos, de las peticiones de decisión prejudicial se desprende que, en primer lugar, los

procedimientos de consolidación de empleo son un intento del legislador de reducir el uso sucesivo de contrataciones temporales en las Administraciones Públicas nacionales, sin por ello renunciar a la observancia, en dichos procedimientos, de los principios de igualdad, libre concurrencia, publicidad, mérito y capacidad. En segundo lugar, los trabajadores indefinidos no fijos pueden perder su empleo si no superan las pruebas correspondientes. En tercer lugar, en caso de extinción del contrato indefinido no fijo, estos trabajadores tendrán derecho a una indemnización tasada correspondiente a veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad de salario.

120. Pues bien, de conformidad con las consideraciones derivadas de la jurisprudencia citada en los apartados 117 y 118 de la presente sentencia, las cuales, a la luz de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia, son aplicables en los presentes casos, la convocatoria de los procedimientos de consolidación prevista en el Derecho español, sin perjuicio de la comprobación que incumbe al tribunal remitente, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivas relaciones laborales indefinidas no fijas y, por lo tanto, eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión.

121. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la decimosegunda cuestión prejudicial planteada en los asuntos C-59/22 y C-110/22 y a la sexta cuestión prejudicial planteada en el asunto C-159/22 que la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece la convocatoria de procesos de consolidación del empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales, entre ellos los trabajadores indefinidos no fijos, cuando dicha convocatoria es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de tales contratos de duración determinada.

Cuestiones prejudiciales décima y undécima planteadas en los asuntos C-59/22 y C-110/22 y cuestiones prejudiciales cuarta y quinta planteadas en el asunto C-159/22

122. De las peticiones de decisión prejudicial se desprende que, mientras que el Tribunal Constitucional considera que los principios constitucionales recogidos en los artículos 23, apartado 2, y 103, apartado 3, de la Constitución —según los cuales en el acceso a la función pública deben respetarse los principios de igual-

dad, mérito y capacidad— no son aplicables en la contratación laboral, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por su parte, considera que sí son aplicables, lo que haría imposible, según este último órgano jurisdiccional, calificar como «trabajadores fijos» a trabajadores que no han sido contratados mediante un proceso selectivo que respete dichos principios y, por lo tanto, requirió la introducción de la figura del «trabajador indefinido no fijo». Según el tribunal remitente, de ello resulta que la conversión de sucesivos contratos temporales —y, en particular, de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente— en contratos fijos podría considerarse contraria a las disposiciones de la Constitución antes citadas, tal como han sido interpretadas por el Tribunal Supremo.

123. En este contexto, mediante las cuestiones prejudiciales décima y undécima planteadas en los asuntos C-59/22 y C-110/22 y las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta planteadas en el asunto C-159/22, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, con arreglo a dicha cláusula 5, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, estos contratos temporales deben convertirse en fijos, aun cuando tal conversión sea contraria a los artículos 23, apartado 2, y 103, apartado 3, de la Constitución, tal como han sido interpretados por el Tribunal Supremo.

124. A este respecto, de reiterada jurisprudencia se deriva que la cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros la obligación de convertir en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada ni, como se menciona en el apartado 103 de la presente sentencia, enuncia sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos [sentencia de 7 de abril de 2022, Ministerio della Giustizia y otros (Estatuto de los jueces de paz italianos), C-236/20, EU:C:2022:263, apartado 60 y jurisprudencia citada].

125. Por otra parte conviene señalar que, con arreglo a la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo Marco, entre las medidas que permiten prevenir la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada se halla la facultad de los Estados miembros de convertir las relaciones laborales de duración determinada en relaciones laborales por tiempo indefinido, al ser la estabilidad laboral que ofrecen estas últimas el

principal factor de protección de los trabajadores (sentencia de 8 de mayo de 2019, *Rossato y Conservatorio di Musica F. A. Bonporti*, C-494/17, EU:C:2019:387, apartado 39).

126. Por lo tanto, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas proporcionadas, eficaces y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que pueden prever, a tal fin, la conversión de contratos de duración determinada en contratos por tiempo indefinido.

No obstante, cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivas relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción [sentencia de 7 de abril de 2022, *Ministero della Giustizia y otros (Estatuto de los jueces de paz italianos)*, C-236/20, EU:C:2022:263, apartado 61 y jurisprudencia citada].

127. Para que pueda considerarse conforme con el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada una normativa nacional, como la normativa española controvertida en los litigios principales, interpretada por el Tribunal Supremo, que, en el sector público, prohíbe convertir en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada, como los contratos indefinidos no fijos de que se trata en los litigios principales, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contener, en dicho sector, otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada [véase, en este sentido, la sentencia de 7 de abril de 2022, *Ministero della Giustizia y otros (Estatuto de los jueces de paz italianos)*, C-236/20, EU:C:2022:263, apartado 62 y jurisprudencia citada].

128. De lo anterior se desprende que una normativa que establece una norma imperativa según la cual, en caso de utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada, como los contratos indefinidos no fijos de que se trata en los litigios principales, estos contratos se convierten en relación laboral de duración indefinida puede implicar una medida que sanciona efectivamente tal utilización abusiva y, por lo tanto, debe considerarse conforme con la cláusula 5 del Acuerdo Marco (sentencia de 8 de mayo de 2019, *Rossato y Conservatorio di Musica F. A. Bonporti*, C-494/17, EU:C:2019:387, apartado 40 y jurisprudencia citada).

129. Dicho esto, por lo que respecta a la falta de conformidad, mencionada por el tribunal remitente, de esa conversión con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, tal como han sido interpretados por el Tribunal Supremo, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco no es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional. En efecto, en virtud de esta disposición, corresponde a los Estados miembros la facultad de apreciar si, para prevenir la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada, recurren a una o varias de las medidas enunciadas en esta cláusula o incluso a medidas legales existentes equivalentes, y ello teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores o categorías de trabajadores. Además, no es posible determinar suficientemente la protección mínima que debería aplicarse en cualquier caso con arreglo a la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco [sentencia de 11 de febrero de 2021, *M. V. y otros (Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público)*, C-760/18, EU:C:2021:113, apartado 64 y jurisprudencia citada].

130. Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE, párrafo tercero. Esta obligación de interpretación conforme se refiere al conjunto de las disposiciones del Derecho nacional, tanto anteriores como posteriores a dicha directiva [sentencia de 11 de febrero de 2021, *M. V. y otros (Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público)*, C-760/18, EU:C:2021:113, apartado 65 y jurisprudencia citada].

131. En efecto, la exigencia de una interpretación conforme del Derecho nacional es inherente al sistema del Tratado FUE, dado que permite que los órganos jurisdiccionales nacionales garanticen, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelven los litigios de que conocen [sentencia de 11 de febrero de 2021, *M. V. y otros (Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público)*, C-760/18, EU:C:2021:113, apartado 66 y jurisprudencia citada].

132. Ciertamente, la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva

cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho interno tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional [sentencia de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros (sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público), C-760/18, EU:C:2021:113, apartado 67 y jurisprudencia citada].

133. No obstante, el principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta [sentencia de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros (Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público), C-760/18, EU:C:2021:113, apartado 68 y jurisprudencia citada].

134. Por consiguiente, en los casos de autos, incumbirá al tribunal remitente interpretar y aplicar las disposiciones pertinentes del Derecho interno, en la medida de lo posible y cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, de manera que se sancione debidamente ese abuso y se eliminen las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión. En este marco, incumbirá al tribunal remitente apreciar si las disposiciones pertinentes de la Constitución pueden interpretarse, en su caso, de conformidad con la cláusula 5 del Acuerdo Marco a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva 1999/70 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta [véase, por analogía, la sentencia de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros (Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público), C-760/18, EU:C:2021:113, apartado 69 y jurisprudencia citada].

135. Además, el Tribunal de Justicia ha declarado que la exigencia de interpretación conforme obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho interno incompatible con los objetivos de una directiva. Por lo tanto, el tribunal nacional no puede considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar una norma nacional de conformidad con el Derecho de la Unión por el mero hecho de que, de forma reiterada, se haya interpretado esa norma en un sentido incompatible con

ese Derecho (sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 86 y jurisprudencia citada).

136. De todo lo anterior se desprende, por un lado, que, en el supuesto de que el tribunal remitente considerase que el ordenamiento jurídico interno de que se trata no contiene, en el sector público, ninguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de estos contratos en una relación laboral de duración indefinida podría constituir tal medida.

137. Por otro lado, si, en ese supuesto, el tribunal remitente considerase, además, que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, a diferencia de la del Tribunal Constitucional, se opone a tal conversión, el tribunal remitente debería entonces modificar dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo si esta se basa en una interpretación de las disposiciones de la Constitución incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

138. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales décima y undécima planteadas en los asuntos C-59/22 y C-110/22 y a las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta planteadas en el asunto C-159/22 que la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, con arreglo a esta cláusula 5, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida. Corresponde, en su caso, al tribunal nacional modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de dicha cláusula 5.

Costas

139. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el tribunal remitente, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han pre-

sentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara:

1) Las cláusulas 2 y 3 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada,

deben interpretarse en el sentido de que un trabajador indefinido no fijo debe considerarse un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos de dicho Acuerdo Marco, y, por lo tanto, está comprendido en el ámbito de aplicación de este último.

2) La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70,

debe interpretarse en el sentido de que la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», que figura en dicha disposición, comprende una situación en la que, al no haber convocado la Administración en cuestión, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo, el contrato de duración determinada que vincula a ese trabajador con dicha Administración ha sido prorrogado automáticamente.

3) La cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70,

debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prevé ninguna de las medidas contempladas en esta disposición ni «medida legal equivalente» alguna, a efectos de esta, para evitar la utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos.

4) La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece el pago de una indemnización tasada, igual a veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, a todo trabajador cuyo empleador haya recurrido a una utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, cuando el abono de dicha indemnización por extinción de contrato

es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos.

5) La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70,

debe interpretarse en el sentido de que se opone a unas disposiciones nacionales según las cuales las «actuaciones irregulares» darán lugar a la exigencia de responsabilidades a las Administraciones Públicas «de conformidad con la normativa vigente en cada una de [dichas] Administraciones Públicas», cuando esas disposiciones nacionales no sean efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme a la citada cláusula.

6) La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70,

debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece la convocatoria de procesos de consolidación del empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales, entre ellos los trabajadores indefinidos no fijos, cuando dicha convocatoria es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de tales contratos de duración determinada.

7) La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70,

debe interpretarse en el sentido de que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, con arreglo a esta cláusula 5, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida. Corresponde, en su caso, al tribunal nacional modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de dicha cláusula 5.

Xuereb
Kumin
Ziemele

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 22 de febrero de 2024.

El Secretario, A. Calot Escobar
El Presidente de Sala en funciones, P. G. Xuereb

ÚLTIMAS SENTENCIAS TC

Covid / Vacunación de 'vulnerables' por orden judicial con oposición de familiares

Iñigo Barreda. El Tribunal Constitucional ha publicado el texto de tres sentencias recientes que se pronuncian sobre la constitucionalidad (afectación al derecho fundamental de la integridad física) de las decisiones judiciales que autorizan, o no, a inocular el "preparado" Covid a personas vulnerables en función de su capacidad cognitiva (demencia senil leve) o legal (mayoría de edad sanitaria, 16 años) contra la decisión de sus familiares o tutores legales (sentencias TC 4/2024, TC 5/2024, y TC 6/2024, del 15 de enero, respectivamente, publicadas en el *Boletín del Estado* del 20 de febrero).

Las tres toman como base la sentencia TC 38/2023, del 20 de abril, de la que informó ADS en su nº 313 / Abril 2023, que respaldó vacunar contra Covid a una mujer con demencia severa (Alzheimer) por decisión de un juez de Telde (Las Palmas de Gran Canaria) y contra la decisión del hijo y tutor legal. Coinciden en señalar las tres que las decisiones del juez de instancia autorizando la inoculación realizaron una ponderación adecuada de los intereses del vulnerable por razón de demencia senil leve (TC 4/2024) o de la edad en el caso de hijos menores (TC 5/2024 y TC 6/2024), y de la capacidad -cognitiva, legal- para consentir, por lo que no lesionaron el derecho fundamental a la integridad personal del artículo 15 CE. El **consentimiento por representación, el apoyo del mayor vulnerable para la toma de decisiones, la escucha del menor y el interés superior de éste** son aspectos clave en las sentencias.

La sentencia TC 4/2024

En el primer supuesto se trata de una mujer con demencia senil leve y psicosis orgánica crónica, que precisa de **apoyo para tomar ciertas decisiones**. Como su hija se niega a la vacunación de su madre, el gerente del equipo de atención primaria dirigió

un escrito al fiscal comunicando la negativa de la hija, que lo turnó al juez de primera instancia de Las Palmas de Gran Canaria.

La madre tenía un deterioro cognitivo leve, no se oponía a la vacuna, y decía que "si hay que hacerlo se hace", pero no tenía capacidad plena para emitir un consentimiento válido, según el informe del médico forense.

Discrepancia entre los hijos de la afectada

La negativa de la hija se basaba en que su madre se encontraba muy débil físicamente, que no salía de casa y que no tenía contacto sino con la familia. También declaró que se había informado con personas que «conocen del tema» y que no era conveniente para su madre vacunarse en esas condiciones físicas y de salud.

El fiscal y el defensor judicial de la madre solicitaron que se otorgara la autorización judicial para la inyección de la vacuna. La demandante de amparo volvió a manifestar su oposición. También fueron oídos dos hijos (**guardadores de hecho**) con los que convive la madre. Uno de ellos se mostró favorable a la administración de la vacuna y el otro expresó que tenía dudas pero que él habría optado por vacunarla.

Entrevista con la afectada

El Auto que resolvió el procedimiento de jurisdicción voluntaria recoge que la afectada necesitaba apoyo para decidir sobre la vacuna (la fabricada por Pfizer-BioNTech) y que debía valorarse que manifestó expresamente a la médico forense y a la magistrada que "le parecía bien vacunarse para no contagiarse", y que, aunque precisaba consentimiento por representación para su **leve deterioro cognitivo**, debía valorarse su voluntad. También fue entrevistada por el defensor judicial.

La magistrada expresa en ese Auto que, frente a lo alegado por la hija, en el presente supuesto no se trata de imponer «ninguna vacunación obligatoria», pues «el consentimiento para la administración de la vacuna es por representación, siendo la autoridad

judicial quien, a la vista de que la decisión adoptada por los familiares, llamados inicialmente a otorgarlo, es contraria a los intereses de doña C.D.Q., autoriza la misma». Concluye que, en realidad «son sus familiares quienes, sin mala fe ciertamente, han prescindido de esta [la voluntad de doña C.D.Q.] en el proceso de toma de decisión, según lo referido». El órgano judicial estima, por todo ello, la solicitud del Ministerio Fiscal y autoriza, en consecuencia, la inyección de la vacuna por parte del Servicio Canario de Salud. La Audiencia Provincial de Las Palmas confirmó la resolución del Juzgado.

La sentencia TC 5/2024: menor de 13 años y discrepancia de padres separados

Los otros dos casos que resuelve el TC provienen de dos juzgados de primera instancia, uno de Zaragoza y otro de Pamplona.

En el de Zaragoza existe un conflicto entre los padres (separados) de una menor en relación con la vacunación contra Covid ya que la madre se ve obligada a acudir al expediente de jurisdicción voluntaria por desacuerdo con el padre y solicita la facultad de decidir sobre la administración de la vacuna para su hija.

La menor, que contaba con trece años en aquel momento, tenía la cartilla de vacunación al día. No existía discrepancia entre los padres, ni durante la convivencia ni tras la ruptura, sobre la administración tanto de las vacunas obligatorias como de las voluntarias recomendadas por el pediatra.

La juez apreció madurez en la menor durante la exploración judicial, cuando manifestó que quería ponerse la vacuna para estar a salvo y, si llegara a contagiarse, «estar más segura y no sufrir tanto»; añadió que lo había hablado con sus padres y que conocía las razones de cada uno al respecto, así como su intención de ir a estudiar a Inglaterra y que se sentía más segura si se contagiaba allí estando vacunada.

El auto de la juez cita los artículos 6 y 20 del Código de Derecho Foral de Aragón, sobre valoración de la voluntad de los menores y derechos de la personalidad reconocidos a menores de 14 años, dere-

chos subjetivos dirigidos a proteger la integridad personal tanto en su vertiente física (vida e integridad física) como espiritual (honor, intimidad, imagen, identidad, etc.), que incluirían el derecho a la autonomía del sujeto en el ámbito sanitario. El auto cita también el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que proclama el interés superior del menor, y el artículo 9 que le reconoce el derecho a ser oído y escuchado por la familia y las instituciones judiciales, tutelares y administrativas.

En cuanto al **consentimiento informado** de la menor de edad, se trata de un consentimiento por representación a prestar por sus progenitores conforme al artículo 9 de la Ley 41/2002 y al artículo 14 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, dedicado al otorgamiento por sustitución de esta clase de consentimiento.

La juez entendía que no hay riesgo cero o inexistencia de efectos más o menos graves, por lo que hay que moverse en el campo de ponderación entre beneficio y riesgo una vez consultados los criterios de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios y de la Asociación Española de Pediatría sobre la vacuna en menores de 12 a 18 años, que dicen que es beneficiosa para menores.

El padre de la menor interpuso recurso de apelación contra la resolución de la magistrada, en el que alegó la infracción de los artículos 216 a 218 y 225.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debido a la falta de valoración de pruebas, y por vulneración del derecho a la integridad física y moral.

La magistrada del juzgado sostuvo que la decisión de la madre coincidía con la de la menor y **calificó la postura del padre de "negacionista** del efecto beneficioso de las vacunas, opuesto a los informes oficiales emitidos por organismos nacionales e internacionales".

Como también concluyó el Constitucional en la sentencia TC 148/2023, FJ 5, el TC rechaza que se haya vulnerado el artículo 15 CE al constatar que:

- se cumple el presupuesto básico que el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002 establece para acudir al **consentimiento por representación** -otorgado por

los padres de común acuerdo o por la autoridad judicial en caso de desacuerdo- porque **la menor, de trece años de edad en el momento de la exploración judicial, manifestó su voluntad expresa de vacunarse** y los padres contaban con la información adecuada para la prestación del consentimiento desde un momento anterior incluso a la iniciación del procedimiento de jurisdicción voluntaria, por lo que no cabe apreciar la ausencia de consentimiento informado;

- que la motivación de las resoluciones judiciales tuvo como fundamento esencial la protección del interés superior de la menor en relación con la protección de su salud, teniendo en cuenta la recomendación de las autoridades sanitarias, que se mostraban a favor de la vacunación de menores haciendo una ponderación de riesgos y beneficios de la vacuna que el órgano judicial no estimó desvirtuada por los informes aportados por el recurrente.

Por ello desestima el recurso de amparo interpuesto por el padre de la menor.

La sentencia TC 6/2024: menores de 17 y 13 años, y discrepancia de padres

En esta sentencia se revisa la constitucionalidad de la decisión judicial de autorizar a la madre vacunar a una de las hijas menores, de 13 años de edad, y realizar test diagnósticos de Covid 19 a ésta y a otra hija menor, de 17 años, pero con capacidad para consentir a la luz de la Ley 41/2002 (mayor de 16 años).

El padre se opone a la decisión de la madre y recurre en amparo las decisiones del Juzgado y de la Audiencia, favorables a la madre en relación con la decisión de vacunar a la hija de 13 años.

La madre instó un procedimiento de jurisdicción voluntaria solicitando al juzgado la atribución en exclusiva de la facultad de decidir sobre la vacunación de una de las hijas y que, en relación con la otra, fuera autorizada a tomar la decisión oportuna por grave riesgo, y que se autorizará a realizar a las hijas las pruebas PCR o de antígenos que considerase necesarias. El juzgado atribuyó a la madre la facultad de decidir sobre la vacunación de una de las meno-

res y la realización de test diagnósticos a la otra menor, bien antígenos o bien PCR, para detectar la enfermedad de Covid 19. La mayor de las hijas tenía 17 años en el momento del procedimiento de jurisdicción voluntaria y por tanto podía decidir por sí misma si quería o no vacunarse aunque la madre solicitó que ante una situación general de grave riesgo de infección por Covid 19 pudiera la madre decidir sobre la vacunación.

La de 17 años tenía capacidad de decidir al ser mayor de 16 años conforme a la ley 41/2002 (artículo 9) sin necesidad de consentimiento por representación.

El juzgado desestimó que la madre decidiera por su hija, de forma genérica, ante un grave riesgo por criterio facultativo, dado que esa decisión ha de adoptarse en un momento concreto si llega y se tomaría tras valorar lo que la menor manifestará en ese momento.

La otra hija contaba con 13 años de edad en el momento de dictarse la resolución judicial y fue oída en el proceso judicial al igual que su madre.

La menor de 13 años no quiso decidir y manifestó estar abierta a lo que se decidiera.

El auto judicial concluyó que la postura de la madre resulta más protectora de los intereses de esta menor y, en consecuencia, la atribuyó la facultad de decidir sobre la procedencia de la vacunación frente a Covid 19.

El padre solicitó que se le concediera la facultad de decidir sobre la vacunación y que no se autorizase a la madre la realización de pruebas de detección a sus hijas salvo que presentaran síntomas compatibles con la enfermedad y previa comunicación al padre.

El régimen jurídico aplicable es el derecho civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, que permite al juez decidir en lugar de los padres, y la Ley Orgánica de Protección del Menor, que protege el interés superior del menor con respecto sus derechos e integridad; así como la ley de jurisdicción voluntaria, Ley 15/2015, para la resolución de controversias que surgen en el ejercicio de la responsabilidad parental

en relación con menores de edad. El Tribunal Constitucional afirma que un **comunicado suscrito por la Asociación Española de Pediatría, la Asociación Española de Vacunología, la Sociedad Española de Inmunología, la Sociedad Española de Microbiología y la Sociedad Española de Virología**, aunque no fue aportado al proceso, "es de conocimiento jurisprudencial y de utilidad y referencia para el caso", que el juez se basó en este documento y en otros de autoridades sanitarias para formarse un criterio sobre el balance beneficio-riesgo de la vacunación, por lo que el auto judicial no tuvo un "sesgo cognitivo".

Al igual que en el caso anterior, el TC desestima el recurso de amparo interpuesto por el padre de las menores atendiendo a que no se considera vulnerado el artículo 15 de la Constitución española al constatarse que **se ha cumplido con la figura legal de la ley 41/2002 sobre consentimiento por representación, otorgado por los padres de común acuerdo o por el juez en caso de desacuerdo**, porque la menor, de 13 años de edad en el momento de la exploración judicial, no se opuso a la vacunación y sus padres contaban con la información adecuada para la prestación de consentimiento desde antes de la iniciación del procedimiento de la jurisdicción voluntaria como por lo que no cabe apreciar ausencia de consentimiento informado.

Concluye el TC que las resoluciones judiciales impugnadas fueron motivadas y tuvieron como fundamento esencial la protección del interés superior del menor en relación con la protección de su salud teniendo en cuenta la recomendación de las autoridades sanitarias, así como que se mostraban a favor de vacunar a menores haciendo una ponderación de riesgos y beneficios, así como que el juez no estimó desvirtuada por los informes aportados por el padre y recurrente.

Primeros autos durante la pandemia

ADS ha publicado Autos judiciales dispares sobre la cuestión. En *ADS 288 / Enero 2021* se recogen los primeros Autos que ordenaban la vacunación de ancianos en residencias de mayores, y también el documento del Consejo de Europa sobre consideraciones éticas, legales y prácticas, que aconsejaba la voluntariedad de la vacunación. En *ADS nº 296 /*

Oct. 2021 publicamos dos Autos contrarios, uno de un juez que deniega la vacunación forzosa de la esposa incapaz contra la voluntad de su marido, y otro que aprueba vacunar a un anciano incapaz contra la voluntad de su hijo.

Referencias de las sentencias

N. de la R. Pulsar en cada referencia de las sentencias para ir al texto disponible en internet.

- Sala Primera. **Sentencia 4/2024, de 15 de enero de 2024. Recurso de amparo 5505-2022.** Promovido por doña L.D.D., en relación con las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Las Palmas y un juzgado de primera instancia de Las Palmas de Gran Canaria que acordaron la administración de la vacuna frente a la covid-19. Supuesta vulneración de los derechos a la integridad física, igualdad y no discriminación e intimidad personal, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva: resoluciones judiciales que realizaron una ponderación adecuada de los intereses de una persona vulnerable y proporcionada a sus intereses, atendiendo a las circunstancias concurrentes (STC 38/2023).

- Sala Primera. **Sentencia 5/2024, de 15 de enero de 2024. Recurso de amparo 5730-2022.** Promovido por don M.B.G., en relación con las resoluciones de la Audiencia Provincial de Zaragoza y un juzgado de primera instancia de esa capital que acordaron la administración de la vacuna frente a la covid-19. Supuesta vulneración del derecho a la integridad física: STC 148/2023 [resoluciones judiciales que realizaron una ponderación adecuada de los intereses de una persona menor de edad (STC 38/2023)].

- Sala Primera. **Sentencia 6/2024, de 15 de enero de 2024. Recurso de amparo 6334-2022.** Promovido por don F.J.G.G., en relación con las resoluciones de la Audiencia Provincial de Navarra y un juzgado de primera instancia de Pamplona que acordaron la administración de la vacuna frente a la covid-19. Supuesta vulneración del derecho a la integridad física: STC 148/2023 [resoluciones judiciales que realizaron una ponderación adecuada de los intereses de una persona menor de edad (STC 38/2023)].

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 318 / Oct. 2023. Monografía / Covid 19 a través de Actualidad del Derecho Sanitario.

ADS nº 319 / Nov. 2023. PLENO / UNANIMIDAD. TC respalda decisión judicial de inocular a menor contra Covid con oposición de la madre. La sentencia, de la que es ponente la magistrada Inmaculada Montalbán, continua con la doctrina iniciada por la STC 38/2023, de 20 de abril, y afirma que, si bien la "vacunación" afecta directamente al derecho fundamental a la integridad física de la

menor, las decisiones judiciales que autorizan para inocularle la "vacuna" COVID-19 han sido dictadas con pleno respeto a las garantías exigidas por el propio Tribunal para la legitimidad constitucional de las medidas que restringen derechos fundamentales. (*Tribunal Constitucional. Nota informativa nº 91/2023. Madrid, 7 de noviembre de 2023*).

ADS nº 319 / Nov. 2023. *Asignación de curatela a esposa para tomar decisiones de salud en nombre de marido incapaz (STS, Civil sección 991 del 20 de octubre de 2023. (ROJ: STS 4129/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4129 Id. CENDOJ: 28079119912023100014).*

ADS nº 313 / Abril 2023. *El Constitucional avala vacunar contra Covid a mujer con demencia por decisión del juez (contra la decisión del hijo, tutor legal). Fuente: TC / Nota informativa 30/2023.*

ADS nº 298 / Dic. 2021. *Nulidad de despido de trabajadora que se niega a la vacunación contra Covid 19.*

ADS nº 296 / Oct. 2021. *El juez deniega vacunación forzosa de esposa incapaz contra voluntad del marido.*

ADS nº 295 / Sept. 2021. *Investigación judicial y pericial de nexos de causalidad de efectos adversos por la vacunación contra COVID19 Mª Teresa Alfonso Galán. Prof. Legislación, Deontología y Bioética. Univ. de Alcalá.*

ADS nº 305 / Jul. - Ag. 2022. *TC / Suspensión del precepto de vacunación de la ley vasca de pandemia Covid*

ADS nº 301 / Marzo 2022. *La Xunta renuncia a la vacunación obligatoria y el Gobierno retira el recurso al TC.*

ADS nº 294 / Jul. - Ag. 294. *El Pleno del TC mantiene la suspensión de la vacunación obligatoria en Galicia.*

ADS nº 306 / Sept. 2022. *Decisiones judiciales de vacunación a ancianos y menores, al Constitucional.*



ANTE PRUEBA INDICIARIA, DICE TS

Acceso a fármacos especiales: la Administración debe probar que no vulnera la igualdad

ADS. El Tribunal Supremo confirma la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 5 de Barcelona del 28 de mayo de 2020, estimatoria de la reclamación de una madre para su hija, menor de edad, a través del procedimiento de protección de derechos fundamentales, contra la denegación presunta de un hospital de Barcelona, dependiente del Servicio Catalán de la Salud, para que se instaurara a su hija un tratamiento farmacológico con Atalureno (mediante una autorización excepcional) que previamente había solicitado al servicio farmacéutico hospitalario.

La sentencia del Juzgado estimó la petición de la demandante, declaró la vulneración del principio de igualdad, y ordenó al hospital que tramitara su solicitud de tratamiento vía artículo 18 del *Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales*.

El fallo del Juzgado fue recurrido por el hospital de Barcelona y por el Servicio Catalán de la Salud ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que acogió el recurso de la Administración.

La vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución es esgrimido por la madre de la menor a través del procedimiento de protección derechos fundamentales.

El valor de la prueba indiciaria que aporta el recurrente sobre discriminación, que la Administración está obligada a rebatir justificando que no se produce desigualdad en el acceso a la fármacos, es lo que hace relevante a esta sentencia del Supremo, que aplica doctrina constitucional sobre la cuestión.

Ante la falta de evidencia científica de dicho medicamento, la *Agencia Española de Medicamentos*

y *Productos Sanitarios* emitió inicialmente un informe de posicionamiento terapéutico negativo y se ha denegado repetidamente la asignación de precio y financiación a cargo del Sistema Nacional de Salud.

No obstante, el 'Atalureno' fue autorizado en mayo de 2017 para el **tratamiento de la distrofia muscular de Duchenne** -que no tiene cura en la actualidad- producida por una mutación 'sin-sentido' en el gen de la distrofina (diagnóstico genético) en pacientes a partir de los 5 años que conserven la capacidad de deambulación.

En el momento de la solicitud, el Atalureno estaba autorizado, de manera *condicional*, para el tratamiento de pacientes con la citada distrofia debida a una mutación sin-sentido en el gen de la distrofina (diagnóstico genético) a partir de los 5 años que conservaran la capacidad de deambulación.

El *informe de posicionamiento* de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (*Aemps*) del año 2017 del 4 de mayo mantuvo la autorización condicionada a la espera de nuevos datos de eficacia para confirmar el beneficio del Atalureno.

Hay que destacar que la *Agencia Europa del Medicamento* decidió a finales de 2013 no renovar la autorización de comercialización de *Translarna* (Ataluren), dato que aportan las demandadas.

Prueba 'indiciaria': pacientes que sí reciben tratamiento en otras Autonomías

El fiscal se opuso a la reclamación de la madre de la menor. La petición de tratamiento al hospital fue cursada por la demandante con fecha 15 de enero de 2019 y reiterada unos días después, solicitud a la que acompañó una certificación emitida por la Asociación Duchenne España para acreditar que en ese momento **en España había 33 pacientes recibiendo el tratamiento**, el hospital donde se aplicaba y la correspondiente Comunidad Autónoma. Pero un mes después la Comisión de Evaluación de medicamentos en condiciones especiales del hospital, tras revisar su anterior decisión y evaluar nuevos datos existentes y la información de la Agencia Española del Medicamento, se posicionó en contra de

aprobar el tratamiento, por lo que la solicitud de autorización del tratamiento no fue tramitada finalmente.

El hospital informó que respecto de los 47 casos de tratamiento que había en España informados por la *Aemps* no se había establecido una comparativa: "no hay información de qué tipo de pacientes se trata, ni en qué condiciones y circunstancias se han otorgado tales autorizaciones, no hay informes de las circunstancias de cada uno de los pacientes que toman Ataluren o que se le haya prescrito dicho medicamento, en la que se pueda basar la eventual discriminación y por ende, la vulneración del derecho a la igualdad. Se conocen las circunstancias de menor aquí concernido, pero no las del resto de pacientes".

Reparto de carga de la prueba y obligación de la Administración de rebatir

La carga probatoria de la discriminación o de los indicios de discriminación corresponde al demandante, quien invoca la aplicación de la regla de la prueba indiciaria.

El Supremo toma en consideración la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la distribución de la carga de la prueba y su aplicación a la Administración (STC 51/2021, de 15 de marzo).

Según esta doctrina, "cuando el recurrente alega una discriminación prohibida por el art. 14 CE, aportando indicios racionales de discriminación, corresponde a la empleadora la obligación de rebatirlos justificando que su actuación fue absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (SSTC 17/2007, de 12 de febrero, FJ 4, y 173/2013, de 10 de octubre, FJ 6, entre otras)".

Por su parte, el demandante debe acreditar "la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato".

La demandante concreta que acreditó en la instancia, a efectos del adecuado término de comparación, la existencia de "población diana", dentro de la que se encuentra su hijo, y el tipo de medica-

mento y su situación administrativa, así como la autorización de aplicación del mismo tratamiento con cargo a fondos públicos a dicha personas.

El Supremo afirma que la sentencia recurrida en casación incurre en la vulneración del principio de no discriminación, "que alcanza a la salud como derecho constitucionalmente reconocido por el artículo 43 de la Constitución y por las previsiones de acceso igualitario que contienen tanto la Ley de Cohesión como la Ley del Medicamento".

La respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión es que "la solicitud del acceso a la financiación pública de un fármaco a través de una autorización excepcional del artículo 18 del Real Decreto 1015/2009 no permite que quien postula su tramitación pueda ser discriminado con la imposición de una carga probatoria de indicios *que alcance incluso a las circunstancias individualizadas de otros pacientes beneficiarios de la misma autorización excepcional* en el Sistema Nacional de Salud".

La aplicación de esta doctrina al caso de autos determina la estimación del recurso de casación y la anulación de la sentencia apelada porque justifica indebidamente un trato discriminatorio en el acceso a un medicamento sujeto a autorización extraordinaria para su financiación pública.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 318 / Octubre 2024. Obligan al Servicio Murciano de Salud a financiar fármaco especial para enfermedad rara (TSJ Murcia, Contencioso, 28 septiembre 2023, ROJ: STSJ MU 1746/2023 - ECLI:ES:TSJMU:2023:1746 - Id. CENDOJ: 30030330022023100459 - medicamento extranjero con principio activo Luspatercept (nombre comercial Reblozyl) para el tratamiento del síndrome mielodisplásico. Este medicamento se prescribe en situaciones especiales de enfermedad rara (síndrome mielodisplásico) y no está incluido como prestación del Sistema Nacional de Salud).

ADS nº 317 / Sept. 2023. Suspensión de funciones por prescribir fármacos a petición de farmacéutico en zona rural.

ADS nº 317 / Sept. 2023. La demora en la aprobación de medicamentos en España, de 630 días de media, perjudica el acceso.

ADS nº 225 / Abril 2015. El TSJPV ordena dispensar un medicamento no financiado en todos los casos.

ADS nº 223 / Enero 2023. La AN admite un recurso que exige tratamiento para afectados de Hepatitis C

STS, Contencioso sección 4 del 19 de febrero de 2024 (ROJ: STS 795/2024- ECLI:ES:TS:2024:795)

Id. CENDOJ: 28079130042024100049
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid Sección: 4 Sentencia: 264/2024
 Recurso: 5253/2021 Fecha de Resolución: 19/02/2024
 Procedimiento: Recurso de Casación
 Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)
 Ponente: ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO
 RAIMUNDO
 Tipo de Resolución: Sentencia
 Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 264/2024

Excmos. Sres.

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 Ibáñez

En Madrid, a 19 de febrero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº. 5253/2021, interpuesto por la procuradora doña Marta Pradera Rivero, en nombre y representación de doña Sandra, asistida del letrado don Fernando Antonio Losana Perales, contra la sentencia de 13 de abril de 2021, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de apelación nº. 247/2020, interpuesto, a su vez, contra la sentencia de 28 de mayo de 2020, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Barcelona, en el procedimiento de protección de derechos fundamentales nº 10/2020, frente a la denegación presunta de la solicitud de instauración de tratamiento farmacológico con atalureno realizada al servicio médico de farmacia del HOSPITAL000 de Barcelona respecto de su hijo menor de edad.

Se han personado, como partes recurridas, el procurador de los Tribunales don Jordi Fontquerni Bas, en nombre y representación del Servicio Catalán de Salud,

asistido del letrado don Jaume Olària I Sagrera, y el procurador de los Tribunales don Rafael Gamarra Megías en nombre y representación del HOSPITAL000, asistido de la letrada doña Elvira Ruíz García.

Ha comparecido el Ministerio Fiscal.
 Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio
 Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Barcelona dictó sentencia el 28 de mayo de 2020 en el procedimiento de protección de derechos fundamentales nº 10/2020, interpuesto por la representación procesal de doña Sandra contra el Servicio Catalán de Salud y el HOSPITAL000.

En concreto, el Juzgado citado dispuso: "ESTIMO el recurs contenciós administratiu presentat per la representació de la senyora Sandra en nom i representació del seu fill menor Victorino davant de la resposta que l' HOSPITAL000 dona a la seva petició de 29 de novembre de 2019., per escrit de 30 de desembre de 2019, la qual revoco per entendre que implica una vulneració del principi d'igualtat i acord que es tramiti per part del centre hospitalari la sol.litud via article 18 Reial decret 1015/2019, de 19 de juny. No imposo les costes processals atès que estem davant d' una qüestió jurídica que admet diferents interpretacions."

SEGUNDO.- Ante la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se siguió el recurso de apelación nº. 247/2020, interpuesto por la representación procesal de doña Sandra, contra la citada sentencia de 28 de mayo de 2020.

En el citado recurso de apelación, se dictó sentencia el 13 de abril de 2021, cuyo fallo es el siguiente:

" 1º.- ESTIMAR LOS RECURSOS DE APELACION interpuestos por el SERVEI CATALA DE LA SALUT y el HOSPITAL000, a los que se ha adherido el MINISTERIO FISCAL, contra la sentencia de 28 de mayo de 2020, dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo Nº 5 de Barcelona en el Procedimiento Especial para la Protección de los Derechos Fundamentales 10/20, que se revoca por no ser ajustada a derecho.

2º.- DESESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO interpuesto por la señora Sandra en nom-

bre y representación de su hijo menor Torcuato ante la respuesta a su petición formulada por el HOSPITAL000.

3º.- NO IMPONER las Costas del presente procedimiento."

TERCERO.- Contra esta sentencia fue preparado recurso de casación por representación procesal de doña Sandra y la Sala territorial lo tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos y el expediente administrativo a este Tribunal, ante el que la parte recurrente interpuso el citado recurso de casación.

CUARTO.- Mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de 25 de mayo de 2023, se acordó admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de doña Sandra acordando:

"1º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por representación procesal de Dª Sandra contra la sentencia de 13 de abril de 2021 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recaída en el recurso de apelación núm. 247/2020.

2º) Precisar que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia determinar si cuenta con una justificación objetiva, suficiente y razonable la denegación del acceso a la financiación pública de un fármaco, en condiciones de equidad e igualdad, sobre la base de que pesa sobre la parte recurrente la carga de acreditar las circunstancias individualizadas de otros pacientes beneficiados de la autorización del medicamento.

3º) Identificar como preceptos que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 14 de la Constitución Española; el artículo 2.a) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud; el artículo 91 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos, y los artículos 17 y 18 del Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales. Todo ello sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA."

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso, presentado el 12 de julio de 2023, la parte recurrente solicitó que se dicte sentencia por la que se: "anule y

case la sentencia recurrida y de acuerdo con lo expuesto, estime el Recurso Contencioso Administrativo de esta parte recurrente conforme al Fallo de la Sentencia dictada por el Juzgado de Lo Contencioso Administrativo nº 5 de Barcelona nº 10/2020 de 28 de mayo en cuanto a la vulneración del Derecho de Igualdad del Art. 14 CE del hijo menor de mi representada y que determina que se tramite por parte del Centro Hospitalario la solicitud de acceso individualizado al tratamiento con atalureno a través de la vía del artículo 18 del Real Decreto 1015/2009."

SEXTO.- Conferido trámite de oposición mediante providencia de 17 de julio de 2023, por la representación del Servicio Catalán de Salud se presentó escrito el 1 de octubre de 2023 solicitando se dicte: "sentencia declarando no haber lugar al mismo y confirmando en todos sus extremos la sentencia recurrida, imponiendo a la recurrente las costas del presente proceso."

Del mismo modo la representación procesal del HOSPITAL000 presentó escrito de oposición el 2 de octubre de 2023 solicitando: "dicte sentencia declarando no haber lugar al mismo y confirmando en todos sus extremos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, imponiendo al recurrente las costas del presente proceso."

Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de oposición el 31 de agosto de 2023 solicitando se dicte: "sentencia por la que se lleve a cabo la DESESTIMACIÓN del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Sandra contra la Sentencia desestimatoria, de 13 de abril de 2021 y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo -Sección Segunda- del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, respecto de la Sentencia, a su vez dictada a 28 de mayo de 2020 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 5 de Barcelona, en relación con respuesta formulada por escrito, de 30 de diciembre de 2019 y por el HOSPITAL000 de DIRECCION001, atinente a negativa en cuanto a la petición de tramitación de suministro del medicamento Ataluren; fijando la doctrina jurisprudencial que resulte de los términos de este escrito y con arreglo a dicha doctrina se confirme la Sentencia ahora recurrida en casación en todos los pronunciamientos de su fallo, acordando, en cuanto a las costas del recurso de casación, que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 18 de diciembre de 2023, se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el 6 de febrero de 2024, fecha en la que

tuvieron lugar. Entregada la sentencia por el magistrado ponente el día 13 de febrero de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de doña Sandra, interpone recurso de casación contra la sentencia de 13 de abril de 2021, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de apelación n.º 247/2020.

El pleito tiene su origen en una petición formulada por la recurrente al HOSPITAL000 de Barcelona (HOSPITAL000) para que se facilitase a su hijo menor de edad, Torcuato, diagnosticado con "DIRECCION000", el acceso individualizado a un medicamento no autorizado en España en aplicación del artículo 18 del Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales.

Su hijo era tratado desde el año 2013 el Servicio de Neurología del Hospital. El 6 de abril de 2018, el doctor Darío, de la Unidad de Neuropatía Muscular, emitió informe solicitando el inicio del tratamiento con "Ataluren" acompañándolo del informe clínico que motivaba la necesidad del tratamiento del paciente e indicaba su duración estimada. La dirección médica del HOSPITAL000 y luego el Servicio Catalán de Salud (CATSALUT) rechazaron esa solicitud. Siguiendo indicaciones de la Administración, la madre dirigió la petición de tratamiento al Servicio de Farmacia del HOSPITAL000 el 15 de enero de 2019, reiterándola el 29 del mismo mes y año. A esa petición acompañaba una certificación, emitida por la asociación Duchenne España, para acreditar que en ese momento en España había 33 pacientes recibiendo el tratamiento con Translana (Ataluren), detallando las fechas de inicio del tratamiento, el Hospital donde se aplicaba y la correspondiente Comunidad Autónoma. El 21 de febrero de 2019 la comisión de evaluación de medicamentos en condiciones especiales del HOSPITAL000, tras revisar su primera decisión y evaluar los nuevos datos existentes y la información de la Agencia Española del Medicamento (AEM), se posicionó en contra de la aprobación del tratamiento. Finalmente, la solicitud de autorización del tratamiento no fue tramitada.

La solicitud de tratamiento estaba referida al medicamento "Translana", cuyo principio activo es "Ataluren" y que, en el momento de formularla, era un

fármaco en situación de autorización condicional por la Agencia Europea del Medicamento (EMA) y, además, se encontraba en el estado regulatorio de no financiación por el Sistema Nacional de Salud (SNS) y con datos pendientes de ensayos clínicos.

En la primera instancia obtuvo un pronunciamiento favorable del Juzgado n.º 5 de Barcelona mediante sentencia dictada el 28 de mayo de 2020 en procedimiento para la protección de derechos fundamentales de las personas n.º 10/2020. Esa decisión judicial, en síntesis, fue adoptada por entender que con la decisión adoptada por el centro médico, consistente en no tramitar la solicitud de autorización para suministrar el medicamento al paciente en base a informes emitidos por distintas instituciones a nivel estatal y autonómico y al hecho de que el medicamento no está disponible en la lista de medicamentos de la sanidad pública, había ocasionado una vulneración del principio de igualdad por discriminación injustificada pues esa autorización había sido otorgada para pacientes que se encuentran en esa misma situación.

La sentencia de apelación dictada por la Sala Territorial de Barcelona revocó esa decisión, por lo siguiente:

1.- Comienza precisando que la DIRECCION000 es una enfermedad degenerativa de origen genético, rara y grave, que produce debilidad muscular y atrofia hasta provocar la muerte prematura. Está causada por la mutación de un gen de la distrofia, proteína subsarcolémica esencial para la estabilidad estructural del músculo. La mayoría de las mutaciones son del tipo delección-pérdida de uno o más nucleótidos de la secuencia del ADN- pero pueden presentarse duplicaciones y también mutaciones puntuales, entre las que se incluyen las mutaciones denominadas sinsentido, presentes en el 13 o 15 % de los pacientes. Este último es el caso de Torcuato.

Afirma que actualmente la enfermedad no tiene cura y que existe un medicamento-Ataluren- que se ha autorizado por parte de la Agencia Europea del Medicamento para el tratamiento de pacientes con DMD, que presentan una mutación nonsense en el gen DMD, mayores de 5 años y ambulant. Torcuato reúne estas condiciones.

La aprobación de Ataluren por parte del Comité de Expertos, condicional (no definitiva), fue emitida en julio de 2014 y renovada en noviembre de 2016, supe-

Ante la falta de evidencia científica de dicho medicamento, la AEMPS emitió en mayo de 2017 un informe de posicionamiento terapéutico negativo y se ha denegado repetidamente la asignación de precio y financiación a cargo del Sistema Nacional de Salud.

2.- La vulneración del principio de igualdad exige prueba, no se puede presumir y ha de ser la parte actora la que ha de probar que se ha producido dicha vulneración, ha de acreditar que hay indicios que generan una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato. Se apoya para ello en la STC 31/2014, de 24.2.2014 (recurso de amparo 2131/2012):

"Para que se produzca este desplazamiento al demandado del onus probandi no basta simplemente con que el actor tache la medida de discriminatoria, sino que, además, "ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato" (SSTC 136/1996, de 23 de julio, FJ 6, y 48/2002, de 25 de junio, FJ 5). Sólo, pues, cuando esto último sucede, la parte demandada asume "la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable su decisión", y destruir así la sospecha o presunción de lesión constitucional generada por los indicios (STC 98/2003, de 2 de junio , FJ 2).

En este punto, como ya dijimos en la STC 144/2006, de 8 de mayo , FJ 4, "[p]ara apreciar la concurrencia del indicio tendrán aptitud probatoria, tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente, y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero habrá de superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas, o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo inverosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado.

En definitiva, el o la demandante que invoca la aplicación de la regla de la prueba indiciaria debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de dis-

criminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por tales indicios (STC 2/2009, de 12 de enero, FJ 3).".

3.- Afirma que ha quedado acreditado que ninguno de los cuatro antecedentes alegados en un informe emitido por la Gerente del Medicamento del Área Asistencial del CATSALUT guarda relación con el supuesto de autos, que se refiere a un caso de acceso individualizado al medicamento para uso compasivo al margen de un ensayo clínico.

También dice que, con base en el informe de la Jefe del Servicio de Farmacia del HOSPITAL000 y presidenta de la Comisión de Evaluación de Medicamentos de uso especial del Hospital, respecto de los 47 casos que actualmente reciben Ataluren en el Estado Español según la Agencia Española del Medicamento, "no se ha producido una comparativa, no hay información de que tipo de pacientes se trata, ni en qué condiciones y circunstancias se han otorgado tales autorizaciones, no hay informes de las circunstancias de cada uno de los pacientes que toman Ataluren o que se le haya prescrito dicho medicamento, en la que se pueda basar la eventual discriminación y por ende, la vulneración del derecho a la igualdad. Se conocen las circunstancias de menor aquí concernido, pero no las del resto de pacientes".

4.- En razón de todo ello, concluye afirmando que el principio de igualdad prohíbe la discriminación, pero no la diferencia de trato cuando está basada en una justificación y, en este caso, no se ha demostrado que la situación del niño sea la misma que la de otros supuestos en los que se aplica el tratamiento. La negativa del hospital a solicitar la autorización se basa en informes emitidos por diferentes instituciones a nivel estatal y a nivel autonómico, junto con el hecho de que el medicamento no está disponible en la lista de medicamentos de la sanidad pública.

SEGUNDO.- Por auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de 25 de mayo de 2023, se acordó admitir a trámite el recurso de casación preparado y se fijó como cuestión de interés casacional objetivo determinar: "si cuenta con una justificación objetiva, suficiente y razonable la denegación del acceso a la financiación pública de un fármaco, en condiciones de equidad e

igualdad, sobre la base de que pesa sobre la parte recurrente la carga de acreditar las circunstancias individualizadas de otros pacientes beneficiados de la autorización del medicamento".

El auto identifica como preceptos a interpretar, el artículo 14 de la Constitución Española; el artículo 2.a) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud; el artículo 91 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos; y los artículos 17 y 18 del Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales. Todo ello sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

TERCERO.- En el escrito de interposición del recurso la parte recurrente comienza por afirmar que la cuestión a resolver consiste en determinar si el "término de comparación" por ella aportado es o no suficiente para acreditar vulnerado el derecho de acceso, en condiciones de equidad e igualdad, a un medicamento o, por el contrario, como mantiene la sentencia recurrida, es preciso acreditar las circunstancias individualizadas del resto de personas que acceden al medicamento para determinar la igualdad de situaciones. Entiende que tal decisión es injustificada y abusiva tanto desde el punto de vista clínico como legal.

Concreta que acreditó en la instancia, a efectos del adecuado término de comparación, la existencia de una "población diana", dentro de la que se encuentra su hijo Torcuato, y el tipo de medicamento y su situación administrativa, así como la autorización de aplicación del mismo tratamiento con cargo a fondos públicos a dicha personas. Además, siguió los trámites procedimentales para solicitar el acceso individualizado de los Arts. 17 y 18 del Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales. Incluso acreditó que para un caso idéntico, la sentencia n.º 456/2019, de 19 de julio, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia (recurso 8/2018), argumentó que: "Sin embargo, este Tribunal si tiene claro que la falta de suministro del referido tratamiento vulnera el derecho a la igualdad (art. 14 CE), pues como ha quedado demostrado, existen en todo el territorio español menores que están recibiendo el tratamiento financiado por las correspondientes Comunidades Autónomas como ha acreditado la

parte recurrente con la información aportada a este procedimiento que facilitó la AEMPS."

Cuestiona la sentencia de la Sala Territorial de Barcelona afirmando que ha vulnerado el principio de no discriminación del artículo 14 de la Constitución y, también, sus variantes de igualdad en el acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud que regula el artículo 2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (Ley de Cohesión), y de igualdad territorial integrada por el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, que contempla el artículo 91 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (Ley del Medicamento).

La vulneración sería consecuencia de que la sentencia impugnada en casación resulta contraria a una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre (i) el principio de interpretación favorable de los derechos fundamentales que se aprecia en STC 254/1998; (ii) la doctrina del "test de igualdad" con cita de la STC 200/2001; (iii) la doctrina que recoge la STC 31/2004 sobre el desplazamiento de la prueba a la parte demandante cuando estén en juego denuncias de vulneración de derechos fundamentales.

En esencia, esta denuncia pone de manifiesto su discrepancia con la sentencia porque, dice, le exige que presente la comparativa sobre los pacientes afectados (en número de 47) y las condiciones o circunstancias que han justificado el otorgamiento de la autorización, entre otras circunstancias, para basar la eventual discriminación y, por ende, la vulneración del derecho a la igualdad. Considera que, de esa manera, se le está exigiendo una prueba diabólica, puesto que no puede tener acceso a las historias clínicas de las personas tratadas por la protección de datos médicos y personales. Afirma que en este caso ha desplegado una actividad probatoria adecuada, más allá de lo que se entiende por prueba indiciaria, referida a acreditar la existencia de una "población diana", tanto a nivel del conjunto del Sistema Nacional de Salud como de la propia Comunidad Autónoma de Cataluña, que recibe el tratamiento en el acceso individualizado que solicitó. En definitiva, sostiene que acreditó un término idóneo de comparación para cumplir las exigencias del "test de igualdad" y, por tanto, acreditar la discriminación que sufre su hijo. Termina solicitando que se declare como doctrina, que la información de la Agencia Española de Medica-

mentos y Productos Sanitarios (AEMPS) constituye más que prueba indiciaria suficiente a efectos de formación del término de comparación necesario para determinar la existencia de vulneración del derecho de igualdad por discriminación del art. 14 CE, y que, en consecuencia, obliga a una traslación de la carga de la prueba a los Servicios de Salud autonómicos, a fin de que acrediten la inexistencia de discriminación, máxime cuanto éstos tienen la posibilidad de consulta de los registros de la AEMPS, conforme al artículo 3 del RD 1015/2009, a fin de acreditar circunstancias individualizadas más allá de la indicación terapéutica del medicamento respecto de su "población diana".

Con base en ello solicita que se case la sentencia apelada y se confirme la de instancia que apreció la vulneración del principio de no discriminación y acordó la tramitación, por parte del Centro Hospitalario, de la solicitud a través de la vía del artículo 18 del Real Decreto 1015/2009, presentada por mi representada para el acceso individualizado de su hijo menor al tratamiento con "ATALURENO".

CUARTO.- La parte demandada, HOSPITAL000 de Barcelona, muestra su conformidad con la sentencia recurrida y resalta que la decisión cuestionada fue tomada atendiendo al criterio clínico y con el asesoramiento de la Comisión de Evaluación de Medicamentos en Situaciones Especiales del Hospital. Para resaltar la bondad y acierto de su decisión pone especial énfasis en trasladar la reciente comunicación realizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios -AEMPS- por la cual se comunica que el Comité de Medicamentos de Uso Humano-CHM- de la Agencia Europea del Medicamento-EMA- recomienda no renovar la autorización condicional de comercialización del fármaco TRANSLARNA (ATALUREN), si bien indicando que el grupo farmacéutico que lo comercializa ya ha comunicado que solicitará una reevaluación para que el CHM emita nuevo dictamen.

A continuación, cuestiona las alegaciones del recurso sobre la vulneración del principio de no discriminación.

Comienza afirmando que el principio de igualdad ante la ley- en este caso, de acceso a medicamentos-, no debe ser interpretado como un principio de identidad, que conlleve dar el mismo y exacto trato a todos los pacientes, como pretende la actora, puesto que no todos los sujetos presentan un cuadro clínico exacto y equiparable. Refuerza esta afirmación aludiendo a la naturaleza y características de la enfermedad y a la situación del fármaco, que contaba con autorización con-

dicional por la EMA y que, en el momento de la toma de decisiones, se encontraba en el estado regulatorio de no financiación por el Sistema Nacional de Salud (SNS) a nivel nacional y con datos pendientes de ensayos clínicos.

En la misma línea argumental nos dice que lo que prohíbe el artículo 14 de la Constitución no es la desigualdad de trato, sino la discriminación, es decir, la desigualdad injustificada por no ser razonable (STC 34/1981). En este punto justifica la legítima diferenciación de trato en la ausencia de efectividad demostrada por parte del tratamiento, reflejado en los datos de los ensayos clínicos que finalizaron en el HOSPITAL000 el mes de marzo de 2017. Ninguno de los pacientes residentes en Cataluña que fueron sometidos al tratamiento con Ataluren (Translarna) en el HOSPITAL000 mantienen la capacidad de deambulación en el momento actual, ni tampoco el tratamiento con el fármaco en cuestión.

Luego hace un análisis de la situación del fármaco para afirmar que está excluido del sistema de financiación pública y de la cartera básica de servicios del Sistema Nacional de Salud, razón por la que "solo podrán ser adquiridos y utilizados por los hospitales del Sistema Nacional de Salud previo acuerdo de la comisión responsable de los protocolos terapéuticos u órgano colegiado equivalente en cada comunidad autónoma" como dispone el artículo 17.6 del Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación.

Al hilo de lo anterior, defiende la improcedencia de la vía judicial para la solicitud de acceso a medicamentos en base a un precedente que, en la mayoría de los casos, no presenta analogía con el solicitante, tal y como sucede en el caso de autos. A su juicio, esta posibilidad representa una distorsión del Real Decreto 1015/2009 que ha sido concebido con finalidades garantistas para situaciones excepcionales, por lo que su uso indebido en supuestos distintos a los previstos y en actuaciones como las que nos han llevado al momento procesal actual, desvirtúa su objeto y, además, representa una vulneración al sistema de garantías de financiación selectiva y no indiscriminada que garantiza la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios-artículo 89-. La parte final de su escrito de oposición la destina a cuestionar la alegación del recurrente sobre la posición de indefensión-prueba diabólica- en que la sentencia impugnada le habría colocado. Afirma que "si bien es cierto que no le corresponde presentar circuns-

tancias individualizadas de los pacientes que han tenido acceso al medicamento y que estén protegidas por la esfera delimitada en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, 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; corresponde a la recurrente presentar las alegaciones que conformen indicios de entidad suficiente como para acreditar la discriminación invocada y que empujen a desestimar las alegaciones de la Administración, o que permitan- como mínimo- poner en duda el criterio que fundamenta la decisión clínica tomada por parte de la Dirección del HOSPITAL000."

En este sentido, destaca que la recurrente no ha hecho ningún esfuerzo por desacreditar que el criterio objetivo y razonable en el que se fundamenta la decisión tomada por el HOSPITAL000, de acceso individualizado a un medicamento, se fundamenta en datos clínicos que buscan proteger los intereses del menor.

QUINTO.- La otra parte demandada, CATSALUT muestra su oposición al recurso de casación haciendo un planteamiento coincidente con la sentencia recurrida.

Sostiene así que la jurisprudencia constitucional ha determinado que el principio de igualdad prohíbe la discriminación, pero no la diferencia de trato cuando éste basada en una justificación objetiva y razonable: "Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación [...], es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable" (STC 34/1981, de 10 noviembre).

Afirma que el TC ha declarado repetidamente que, para que se produzca el desplazamiento al demandado del onus probandi no basta simplemente con que el actor tache la medida de discriminatoria, sino que, además, "ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato" (SSTC 136/1996, de 23 de julio, FJ 6, y 48/2002, de 25 de junio, FJ 5). Sólo, pues, cuando esto último sucede, la parte demandada asume "la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable su decisión" y destruir así la sospecha o presunción de lesión constitucional generada por los indicios (STC 98/2003, de 2 de junio, FJ 2). Indica que el elemento de comparación para determinar si efectivamente se ha producido el trato discriminatorio debe establecerse en base a la actuación de la administración sanitaria de Cataluña, sin

tomar en consideración los diferentes casos que hay repartidos por la geografía española. Niega la eficacia del principio de igualdad territorial que invoca el recurrente con base en que las Comunidades Autónomas pueden ampliar la cartera de servicios, tal y como se prevé en el artículo 11 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, y ello en ningún caso presupone un trato discriminatorio de unos ciudadanos frente a otros.

Concluye que el hecho cierto y trascendente es que la prueba practicada a lo largo del procedimiento no ha permitido acreditar que con la decisión adoptada se haya producido al paciente algún tipo de agravio comparativo o trato discriminatorio respecto del resto de enfermos afectados por Duchenne.

Así, como se dice en la sentencia recurrida, esta parte ha probado y justificado las circunstancias de los cuatro pacientes a los que en Cataluña se suministró el medicamento con cargo a la sanidad pública y ninguno de esos cuatro antecedentes guarda relación con el supuesto de hecho que resulta objeto del presente procedimiento. En todo caso, niega que el hecho de pertenecer a una misma "población diana" iguale a todos los pacientes afectados por la DIRECCION000 en su derecho a ser tratados con Atalureno.

Y, en relación con la alegación que sustenta el recurso de casación, de imponerle la sentencia una verdadera "prueba diabólica" porque la recurrente no dispone de los datos clínicos y personales acerca de los pacientes que en otras comunidades autónomas distintas a la catalana han accedido al medicamento Translarna (atalureno) por la vía del Real Decreto 1015/2009, afirma que CATSALUT y el HOSPITAL000 de Barcelona, tampoco pueden tener acceso directo a la información clínica de pacientes tratados en otros servicios de salud autonómicos, razón por la que el desplazamiento probatorio que postula la parte supondría igualmente una prueba diabólica para la Administración.

Resalta, finalmente, que la decisión de no administrar tratamiento con Translarna se ha ajustado a criterios clínicos y ha sido razonablemente fundamentada por la Comisión de Evaluación de Medicamentos en Situaciones Especiales (CAMSE) del HOSPITAL000 en base a la falta de evidencia científica sobre su eficacia, posición que se ha visto corroborada por el reciente pronunciamiento del CHMP de la Agencia Europea de Medicamentos (EMA), que ha recomendado no renovar la

autorización condicionada de comercialización de Translarna (Ataluren) al no haber confirmado los estudios clínicos realizados la eficacia del fármaco.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal se opone al recurso de casación.

Comienza haciendo un análisis de los preceptos legales y reglamentarios que deben ser objeto de interpretación a la luz del auto de admisión del recurso. Además, con base en la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (sentencia de 17 de julio de 2007, en recurso n.º 557/2006, F.D.20) nos dice que "...la sanidad pública viene obligada a prestar aquella asistencia sanitaria sobre la que exista suficiente evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínicas o esté suficientemente probada su contribución eficaz a la prevención, tratamiento o curación de las enfermedades, conservación o mejora de esperanza de vida, autovalimiento y eliminación del dolor y el sufrimiento. Y, por el contrario, dicha obligación no puede ser apreciada cuando se trate de prestaciones en las que no concurren las indicadas circunstancias."

Sentadas estas premisas afirma que sólo es posible suministrar a los pacientes medicamentos autorizados, si bien, por vía de excepción, cabe el suministro de medicamentos que vayan a ser objeto de un ensayo clínico porque están en fase de investigación- art. 58 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2015-; como también es posible, con fundamento en el art. 24.3 del mismo texto legal, suministrar medicamentos no autorizados a pacientes no incluidos en un ensayo clínico en el denominado uso compasivo y la administración de medicamentos autorizados cuando se utilicen en condiciones distintas a las autorizadas. Y para atender a la ordenación del suministro de medicamentos no autorizados se aprobó el Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales, siendo de especial aplicación al caso sus artículos 17 y 18. Esa ordenación, nos dice, se caracteriza porque la solicitud es una atribución de la dirección del centro hospitalario y no del paciente o su representante, correspondiendo la decisión de autorización a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS). Precisa el Fiscal: "No obstante, que la puesta en marcha del procedimiento para el acceso a medicamentos no autorizados en España sea atribución de la dirección del centro hospitalario, ello no excusa de que, como tal atribución, se ejerza de conformidad con el ordenamiento jurídico todo y en particular con respeto a los derechos fundamentales."

En el análisis de la cuestión de interés casacional nos dice que hay que partir de que la carga que pesa sobre el recurrente de acreditar las circunstancias de otros pacientes lo debe ser de un modo indiciario, ello porque hay que tener en cuenta la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto litigioso, haciendo cita de la doctrina que fijan las SSTC 104/2014, de 23 de junio (F.J.70) y 51/2021, de 15 de marzo (F.J.30), recordando en particular que recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, indiciariamente probada.

Solicita la desestimación del recurso de casación al mantener que la sentencia recurrida respetó esas líneas de actuación y no vulneró el principio de no discriminación.

SÉPTIMO.- Comenzamos nuestro análisis exponiendo los principios y reglas que derivan de la normativa que ha de ser aplicada.

1º.- De conformidad con el artículo 9.1 de Ley del Medicamento: "ningún medicamento elaborado industrialmente podrá ser puesto en el mercado sin la previa autorización de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios e inscripción en el Registro de Medicamentos o sin haber obtenido la autorización de conformidad con lo dispuesto en las normas europeas que establecen los procedimientos comunitarios para la autorización y control de los medicamentos de uso humano y veterinario y que regula la Agencia Europea de Medicamentos."

No obstante, su artículo 24.1 contempla la posibilidad de que: "en circunstancias excepcionales, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios podrá conceder una autorización supeditada a la obligación por parte del solicitante de cumplir determinadas condiciones revisables anualmente. Dichas condiciones quedarán, en especial, referidas a la seguridad del medicamento, a la información a las autoridades competentes de todo incidente relacionado con su utilización y a las medidas que deben adoptarse. Reglamentariamente se establecerán los criterios para la concesión de estas autorizaciones."

Esta previsión de desarrollo reglamentario la representa el Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales, que fue aprobado en función de

la misma precisión que incluía el artículo 24 de la Ley 29/2006, 26 de julio, de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios. Su artículo 1 dispone que:

"1. En aplicación de lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 24 de la Ley 29/2006, 26 de julio, de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios, mediante este real decreto se establecen:

a) Los requisitos para el uso compasivo, en condiciones excepcionales, de medicamentos en fase de investigación clínica en pacientes que no formen parte de un ensayo clínico.

b) Las condiciones para la prescripción de medicamentos autorizados cuando se utilicen en condiciones distintas a las autorizadas, que en todo caso tendrá carácter excepcional.

c) El acceso de medicamentos no autorizados en España siempre que estén legalmente comercializados en otros Estados.

2. Queda excluido del ámbito de aplicación de este real decreto la utilización de un medicamento cuando su objetivo sea la investigación. Dicha práctica deberá considerarse como un ensayo clínico y seguir la normativa al respecto."

Y, partiendo del sentido de la solicitud de autorización de tratamiento que está en liza, son los artículos 17 y 18 de esta norma reglamentaria los que fijan los requisitos y procedimientos para la autorización excepcional del uso de medicamentos no autorizados en España.

2º.- Junto a estas previsiones sobre la autorización de medicamentos, es necesario resaltar los principios básicos del Sistema Nacional de Salud. Así el artículo 2 de la Ley de Cohesión dispone que: "Son principios que informan esta ley: a) La prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad, evitando especialmente toda discriminación entre mujeres y hombres en las actuaciones sanitarias".

Además, el artículo 91 de la Ley del Medicamento nos dice que:

"Se reconoce el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la uti-

lización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las comunidades autónomas en ejercicio de sus competencias".

OCTAVO.- El objeto de nuestra decisión no es analizar si concurren o no los requisitos para la autorización excepcional solicitada por la hoy recurrente. Desde luego, no está en discusión el carácter extraordinario de la situación médica del paciente como consecuencia de la grave enfermedad rara que padece desde muy corta edad, perfectamente descrita en las sentencias de instancia y apelación, y que hemos delimitado en el fundamento de Derecho primero de esta sentencia.

Lo que tenemos que resolver es si la sentencia de la Sala Territorial de Barcelona, cuando revocó la de instancia y convalidó la decisión administrativa de no tramitar la citada solicitud de autorización excepcional, vulneró el derecho de la recurrente a no sufrir discriminación consagrado en el artículo 14 de la Constitución y en referencia al derecho de igualdad en el acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, ello en la concepción unitaria territorial del Sistema.

1.- El análisis de la cuestión exige partir de que la igualdad es considerada por el Tribunal Constitucional como: "un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas", precisando que "Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados." (STC 200/2001, de 4 de octubre).

Esta misma STC nos dice que: "La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6)". Esta es la consecuencia directa de que el propio artículo 14

de la Constitución cierra su enumeración de circunstancias impeditivas de discriminación con la referencia genérica a " cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Para la delimitación de estas prohibiciones de discriminación la misma STC precisa que:

"...las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6).".

Para determinar si un concreto criterio de diferenciación puede entenderse incluido en esta cláusula genérica, resulta necesario, a juicio del Tribunal Constitucional, "analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (artículo 10 de la Constitución)" (STS 62/2008).

Así, el juicio de irrazonabilidad deberá ser realizado inexcusablemente en cada caso, en el análisis concreto del alcance discriminatorio de las condiciones o circunstancias personales o sociales que pueden ser tomadas en consideración como factor de diferenciación.

Hay que indicar que si bien la salud no aparece citada expresamente en el artículo 14 de la Constitución como causa de prohibición de discriminación, las partes en litigio nunca han cuestionada tal posibilidad.

2.- Ante el alcance de nuestro pronunciamiento, también conviene tomar en consideración la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la distribución de la carga de la prueba y su aplicación a la Administración.

Esta doctrina aparece sintetizada en la STC 51/2021, de 15 de marzo: "Según esta doctrina constitucional cuando el recurrente alega una discriminación prohibida por el art. 14 CE-en los términos que recoge, entre otras, la STC 31/2014, de 24 de febrero, FJ 3-, aportando indicios racionales de discriminación, corresponde a la empleadora la obligación de rebatirlos justificando que su actuación fue absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (SSTC 17/2007, de 12 de febrero, FJ 4, y 173/2013, de 10 de octubre, FJ 6, entre otras). Pero, incluso si dicha intencionalidad discriminatoria no existe, corresponde también al empleador probar que la vulneración que se le atribuye no represente objetivamente actos contrarios a la prohibición de discriminación (en este sentido, STC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 4).".

La STC 31/2014, de 24 de febrero, establece además que "para que se produzca ese desplazamiento al demandado del onus probandi no basta simplemente con que el actor tache la medida de discriminatoria, sino que, además, ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato (SSTC 136/1996, de 23 de julio, FJ 6, y 48/2002, de 25 de junio, FJ 5)" (FJ 3). De modo que si quien invoca la aplicación de la regla de la prueba indiciaria desarrolla una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación, recaerá sobre la parte demandada "la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por tales indicios (STC 2/2009, de 12 de enero, FJ 3)"(STC 31/2014, FJ 3).".

3.- Y, por la particular relación existente entre la carga de la prueba y la diferenciación discriminatoria, conviene traer a colación la STC 81/1982, de 21 de diciembre, -FJ 2-, cuando argumenta que: "También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones.".

NOVENO.- En función de todo ello afirmamos que en el caso de autos la sentencia recurrida en casación in-

curre en la vulneración del principio de no discriminación, que alcanza a la salud como derecho constitucionalmente reconocido por el artículo 43 de la Constitución y por las previsiones de acceso igualitario que contienen tanto la Ley de Cohesión como la Ley del Medicamento. Recordemos que las partes no discuten sobre ello.

Comenzaremos por poner de manifiesto que en la previsión del artículo 18 del Real Decreto 1015/2001 sobre las autorizaciones excepcionales de medicamentos, la competencia para decidir sobre la autorización se atribuye a la AEMPS y no a la dirección del centro hospitalario ni al servicio de salud autonómico correspondiente. En el caso de autos la decisión fue de no tramitar la solicitud y fue adoptada por el centro sanitario, a través de su comisión de evaluación de medicamentos en condiciones especiales. Conviene destacar aquí el sentido de la afirmación que hace el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al decir: "No obstante, que la puesta en marcha del procedimiento para el acceso a medicamentos no autorizados en España sea atribución de la dirección del centro hospitalario, ello no excusa de que, como tal atribución, se ejerza de conformidad con el ordenamiento jurídico todo y en particular con respeto a los derechos fundamentales".

Como hemos visto esa decisión administrativa se adoptó en base a dos tipos de razones:

1ª) se trataba de un medicamento excluido de la financiación pública en España y, por tanto, de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud;

2ª) no ha quedado acreditada la discriminación en el acceso al tratamiento, referida la comparación al ámbito exclusivo de la comunidad autónoma de Cataluña, puesto los cuatro casos admitidos al tratamiento presentan notables diferencias con el del paciente solicitante.

La Sala Territorial asumió estos dos argumentos. Además, admitió el ámbito de comparación a todo el territorio del Estado y concluyó negando la discriminación asumiendo el informe de la jefa del servicio de farmacia del HSJD y presidenta de la comisión de evaluación de medicamentos de uso especial del Hospital, respecto de los 47 casos que actualmente reciben Ataluren en España, según la Agencia Española del Medicamento.

De esta manera rechazó el trato discriminatorio con base en que: "no se ha producido una comparativa, no hay información de que tipo de pacientes se trata, ni en

qué condiciones y circunstancias se han otorgado tales autorizaciones, no hay informes de las circunstancias de cada uno de los pacientes que toman Ataluren o que se le haya prescrito dicho medicamento, en la que se pueda basar la eventual discriminación y por ende, la vulneración del derecho a la igualdad. Se conocen las circunstancias de menor aquí concernido, pero no las del resto de pacientes". Admite así una diferencia de trato justificada que excluye la prohibición de discriminación.

Al actuar de esta manera no dio relevancia suficiente a que la parte recurrente desarrolló una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación, cuando identificó una "población diana" con la suficiente precisión pues alcanzaba tanto al número de casos de la misma enfermedad que estaban siendo tratados con cargo a fondos públicos con una autorización excepcional igual a la pretendida, como a los centros hospitalarios donde la recibían y su ámbito territorial autonómico. Ello es de especial relevancia si se toma en consideración lo siguiente:

1º) Que la Ley de Cohesión tiene por objeto: "establecer el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se garantice la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud, así como la colaboración activa de éste en la reducción de las desigualdades en salud", siendo uno de sus principios básicos "la coordinación y la cooperación de las Administraciones públicas sanitarias para la superación de las desigualdades en salud, en los términos previstos en esta ley y en la Ley General de Salud Pública." Destaca cómo el preámbulo de la Ley dice que: "ley establece acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias como medio para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, con el objetivo común de garantizar la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud: a) Equidad, en la línea de desarrollo del principio constitucional de igualdad, que garantice el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio y posibilite la libre circulación de todos los ciudadanos."

Consideramos que esa línea de coordinación debe alcanzar a todo tipo de actuaciones administrativas y, en lo que ahora afecta, a la adecuada respuesta a las solicitudes de autorización excepcionales de tratamiento.

2º) Que la Administración autonómica, a través de su centro médico- HOSPITAL000- y del CATSALUT, lo que hizo fue denegar, no ya la autorización, sino el paso previo para que la autoridad competente pudiera pronunciarse sobre la solicitud, pues rechazó la tramitación de la solicitud. Excluyó toda posibilidad de cooperación.

3º) Que según la doctrina del Tribunal Constitucional que hemos referido, la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume su defensa y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del artículo 14 de la Constitución (STC 81/1982, de 21 de diciembre, -FJ 2).

En este caso fue la propia Administración la que trató de justificar la denegación del tratamiento con base en elementos diferenciadores, de manera que ella era quien debería probar los hechos constitutivos de su planteamiento y que resultaban obstativos de la solicitud. Pero es que, además, tal y como ya hemos dicho la parte que solicitó el tratamiento excepcional e impugnó la decisión negativa de la Administración, desarrolló una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación, razón por la que era la Administración la que venía obligada a probar, no solo que su actuación fue absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales, sino también que la vulneración que se le atribuye no representaba objetivamente actos contrarios a la prohibición de discriminación (STC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 4).

4º) La decisión de la Sala Territorial, en este caso concreto, trasladó a la solicitante una actuación de imposible ejecución sin atender a la regla fijada por el artículo 217.7 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que fija como criterio de distribución de la carga probatoria el de la disponibilidad y facilidad probatoria de cada parte.

Efectivamente, por definición, las pruebas indiciarias son aquellas que, sin ser inicialmente prueba propiamente dicha, sirven para fijar como ciertas unas presunciones alegadas para lograr el convencimiento de los hechos que se quieren demostrar. Y es evidente que en este caso la parte solicitante de la autorización excepcional, además de contar con la recomendación del tratamiento por parte del especialista que le venía dando asistencia médica en el HOSPITAL000, justificó sobradamente la existencia de autorizaciones excepcionales a otros pacientes dentro del Sistema Nacional de Salud.

La propia oposición al recurso del HOSPITAL000 viene a reconocerlo expresamente cuando dice: "si bien es cierto que no le corresponde presentar circunstancias individualizadas de los pacientes que han tenido acceso al medicamento y que estén protegidas por la esfera delimitada en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, 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". Lo dice expresamente, aunque luego centro su oposición en la falta de iniciativa de la parte recurrente, refiriéndola exclusivamente que no ha hecho ningún esfuerzo por desacreditar que el criterio clínico de la decisión tomada por parte de la Dirección del HSJD.

Además, no es admisible el planteamiento de CATSALUT cuando cuestiona el alegato de imposición de prueba diabólica que hace la parte recurrente. Sostiene que esa misma situación sería predicable si fuese el Servicio de Salud el que tuviera que realizar la tarea de confrontar los datos clínicos y personales de los pacientes de otras comunidades autónomas distintas a la catalana y que no están a su disposición. Y no lo es, tanto por lo que conlleva de equiparación de situaciones entre paciente y una Administración sanitaria, que cuenta siempre con acceso a la información de la AEMPS a tenor de la previsión de acceso del artículo 3 de la misma norma reglamentaria, como por lo que presupone de exceso competencial pues la Administración autonómica, de acuerdo con el artículo 18.1 del Real Decreto 1015/2009, únicamente debería dar el trámite a la petición velando porque cumpliera con las exigencias establecidas, pudiendo solicitar cuantos informes quisiera al órgano competente para resolver. Ni que decir tiene que el planteamiento de comparación de situaciones dentro de su exclusivo ámbito territorial es contrario a la previsión de igualdad territorial de acceso que consagran el artículo 2.a) de la Ley Cohesión y al 91 de la Ley del Medicamento, que es una de las reglas básicas del Sistema Nacional de Salud.

En conclusión y como avanzábamos, la sentencia recurrida en casación incurre en la vulneración del principio de no discriminación y, por ello, debe ser casada y anulada.

DÉCIMO.- La existencia de ese trato discriminatorio e injustificado no queda privada de razón por la situación clínica del medicamento que sería objeto de la autorización excepcional, máxime cuando al momento de la solicitud el Atalureno estaba autorizado, aunque de ma-

nera condicional para el tratamiento de aquellos pacientes que, como Torcuato, padecían DIRECCION000 debida a una mutación sin-sentido en el gen de la distrofina (diagnóstico genético) a partir de los 5 años que conserven la capacidad de deambulación. El informe de posicionamiento de la AEMPS del año 2017 (publicado el 4 de mayo) concluía diciendo "que se mantiene la autorización condicionada a la espera de nuevos datos de eficacia, que serán necesarios para confirmar el beneficio de ataluren".

En todo caso, ese dato debería ser valorado por el órgano estatal encargado de resolver la autorización excepcional de tratamiento dentro de la concepción unitaria del SNS, que no era el centro hospitalario ni el servicio de salud autonómico.

Ese mismo tratamiento debe concederse a la alegación que en sus escritos finales hacen ambas partes demandadas sobre la situación actual del medicamento y relativas a que el Comité de Medicamentos de Uso Humano (CHMP) de la Agencia Europea de Medicamentos (EMA), a finales de 2013, ha recomendado no renovar la autorización de comercialización de Translarna (Ataluren), dato que aportan las demandadas y que se puede comprobar en la web de la AEMPS (www.aemps.gob.es).

UNDÉCIMO.- Como conclusión de todo ello, la respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión es que la solicitud del acceso a la financiación pública de un fármaco a través de una autorización excepcional del artículo 18 del Real Decreto 1015/2009 no permite que quien postula su tramitación pueda ser discriminado con la imposición de una carga probatoria de indicios que alcance incluso a las circunstancias individualizadas de otros pacientes beneficiarios de la misma autorización excepcional en el Sistema Nacional de Salud.

DUODÉCIMO.- La aplicación de esta doctrina al caso de autos determina que deba ser estimado el recurso de casación y anulada la sentencia de apelación porque justifica indebidamente un trato discriminatorio en el acceso a un medicamento sujeto a autorización extraordinaria para su financiación pública. Ello con el efecto de desestimar el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia de instancia dictada por Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Barcelona el 28 de mayo de 2020, en el procedimiento de protección de derechos fundamentales n.º 10/202, que queda confirmada.

DECIMOTERCERO.- 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 de la casación causadas a su instancia y las comunes por mitad al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes. No se hace imposición de las costas de la apelación por presentar la cuestión debatida razonables dudas de Derecho (artículo 93.4 en relación con el artículo 139.1 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

1º.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Sandra contra la sentencia de 13 de abril de 2021, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de apelación n.º 247/2020, sentencia que casamos y anulamos.

2º.- DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por las representaciones procesales de CATSALUT y del HOSPITAL000, contra la sentencia de 28 de mayo de 2020, dictada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo n.º 5 de Barcelona, en el procedimiento de protección de derechos fundamentales n.º 10/2020, sentencia que queda confirmada.

3º.- Las costas se imponen en los términos fijados en el último fundamento de Derecho de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO

Penas de prisión e inhabilitación absoluta de inspectora médico por acceder a datos del exmarido

ADS. El Tribunal Supremo ha confirmado la condena a una subinspectora del Cuerpo de Inspección Médica del Servicio de Salud de Principado de Asturias (*Sespa*) a penas de prisión (dos años y seis meses) e inhabilitación absoluta (6 años), entre otras, por el delito de descubrimiento y revelación de secretos, por acceder a datos de su exmarido a través de programas informáticos disponibles en el *Sespa* obteniendo así información sobre su salud.

La inspectora fue absuelta por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, pero el Supremo confirma el criterio de la Audiencia de Oviedo de condenar por un delito de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197.2 del Código Penal, CP) y 198 CP (precepto que se refiere a la conducta anterior cometida por funcionario público y que agrava la pena, ya que se aplica en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta de seis a doce años).

La pena de inhabilitación absoluta produce la **privación definitiva** de todos los honores, empleos y cargos públicos, aunque sean electivos, y, además, la incapacidad para obtener los mismos u otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante la condena (artículo 41 del Código Penal).

La inspectora, que podía acceder a los datos de salud de todos los usuarios del *Sespa* residentes en Asturias a través de programas informáticos, los utilizó para acceder a datos de su exmarido, médico también de inspección sanitaria del *Sespa*, de quien estaba divorciada, sin su consentimiento ni conocimiento, para obtener información acerca de su salud.

Realizó varias consultas en seis ocasiones a través de distintos programas informáticos. Se desconoce

el tipo de información que obtuvo, pero **una de las consultas lo fue de la historia clínica** del ex marido y pudo obtener datos de salud y personales.

En concreto, se condena a la inspectora como autora de un delito de descubrimiento y revelación de secretos tipificado en los arts. 197.2 y 198 del Código Penal, a la pena de **2 años, 6 meses y 1 día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo** durante el tiempo de la condena, multa de 21 meses con cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, y la **inhabilitación absoluta**, con el contenido del art. 41 CP, por seis años; y en concepto de responsabilidad civil **indemnice a su marido en 3.000 euros y al pago de las costas** judiciales causadas con inclusión de 1/4 de las devengadas por la acusación particular.

En perjuicio de tercero

La sentencia se detiene en el artículo 197 CP, que sanciona a quien, sin estar autorizado, se apodere, *en perjuicio de tercero*, de datos reservados de carácter personal o familiar de otro, que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado.

Sanciona simplemente por acceder a esos datos por cualquier medio sin estar autorizado y también a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

El Supremo destaca los siguientes rasgos del tipo penal de descubrimiento y revelación de secretos del 197 CP:

- protege la intimidad individual y los datos personales o familiares.

- El tipo objetivo, descrito en el 197.1 requiere solamente un acto de apoderamiento, sin necesidad de que el autor llegue a descubrir los secretos o vulnerar la intimidad.

- El 197.2 sanciona el **mero acceso** a los datos reservados o personales.

- Todos los datos personales automatizados son sensibles, sean reservados o no.

- No importa la trascendencia e importancia objetiva de los datos personales y familiares.

En cuanto "al perjuicio de tercero", se trata de un elemento conflictivo doctrinalmente, pues el Supremo indica que:

"Ante la polémica doctrinal sobre si tal expresión debe considerarse un elemento subjetivo del injusto, o exige efectivamente la producción del resultado, la STS 234/1999 de 18 de febrero mantuvo que el perjuicio producido por la acción tiene que estar naturalmente abarcado por el dolo pero no tiene que ser el único ni el prioritario móvil de la acción. Llegó a esta conclusión no sólo a partir de la ubicación sistemática del artículo 197.2, sino también de la propia relevancia constitucional del bien jurídico lesionado por el delito, cuya protección penal no puede estar condicionada, so pena de verse convertida prácticamente en ilusoria, por la improbable hipótesis de que se acredite, en quien atente contra él, el deliberado y especial propósito de lesionarlo".

Delito de peligro que no exige la lesión

Para la STS 1084/2010 subjetivamente se exige que la conducta se lleve a cabo en perjuicio de tercero, aunque no haya un ánimo específico de perjudicar.

"(...) basta con que la acción se realice con la finalidad dicha, sin que resulte necesaria para la consumación la producción del resultado lesivo. Se trata por tanto de un delito de peligro que no requiere la ulterior producción de un resultado de lesión". En el caso que se analiza, se trata de datos albergados en ficheros de salud, y "**ese perjuicio aparece ínsito en la conducta de acceso**".

Sobre el supuesto de unidad de acción, problemático en la dogmática penal, el Supremo afirma que, aunque hubo accesos en distintos días y momentos, "en el caso actual nos encontraríamos ante un supuesto de **unidad natural de acción** dada su vinculación temporal y espacial, en lugar de constituir

acciones individuales relevantes que pudieran ser contempladas como una unidad jurídica y delito continuado. (...) La acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción.

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.*

STS, Penal sección 1 del 01 de febrero de 2024

(ROJ: STS 789/2024- ECLI:ES:TS:2024:789)

Id. CENDOJ: 28079120012024100124

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid Sección: 1 Sentencia: 104/2024

Recurso: 7165/2021 Fecha de Resolución: 01/02/2024

Procedimiento: Recurso de casación

Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 104/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
 D. Andrés Palomo Del Arco
 D.ª Susana Polo García
 D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 1 de febrero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 7165/2021, interpuesto por Hernan (acusación particular), representado por la procuradora D.ª Virginia López Guardado, bajo la dirección letrada de D.ª Rocío Solís López, contra la sentencia nº 43/2021, de fecha 6 de octubre de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el Rollo de Apelación nº 39/2021. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, comoparte recurrida: D.ª Margarita, representada por la procuradora D.ª Marta María Arija Domínguez, bajo la dirección letrada de D.ª María Josefa García Tamargo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 7 de Avilés instruyó Procedimiento Abreviado nº 50/2019, contra Margarita, por delito de descubrimiento y revelación de secretos y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 18/2020, dictó sentencia nº 166/2021, de fecha 13 de mayo de 2021, que contiene los siguientes hechos probados:

"PRIMERO.- Se declaran HECHOS PROBADOS, los que a continuación se relacionan:

La acusada Margarita quien por su condición de subinspectora del Cuerpo Sanitario de la Inspección médica del Área III (DIRECCION000) del Servicio de Salud de Principado de Asturias, tenía acceso a diferentes programas informáticos de trabajo tales como Womi, Sagitario y Millennium, que le permitían acceder a datos médicos de todos los usuarios de dicho servicio residentes en Asturias, los utilizó, sin consentimiento ni conocimiento de Hernan, médico de profesión, dependiente de la inspección sanitaria del Área IV, correspondiente a Oviedo, de quien se encontraba divorciada desde el 21 de febrero de 2012, para obtener información acerca de su salud, habiendo realizado las siguientes consultas: El día 22 de junio de 2017, a las 15:54 horas, utilizando el ordenador de la subinspec-

tora del Área III, Delia y sus claves de usuario y contraseña, a través del programa Womi. El día 16 de enero de 2019, a las 11:44:49 horas a través del programa Sagitario, desde su propio ordenador.

El día 26 de febrero de 2019, en tres ocasiones, desde su propio ordenador, a las 9:14:08 a través del programa Womi; a las 9:16 a través del programa Sagitario, y a las 11:32:12 a través del programa Millennium, habiendo permanecido en esta página hasta las 11:35:45 horas.

Y el día 1 de marzo de 2019 desde el ordenador de la Subinspectora Delia a las 9:02:10 horas a través del programa Sagitario.

Se desconoce el tipo de información que Margarita obtuvo como consecuencia de las consultas informáticas realizadas a través de los programas Womi y Sagitario, por cuanto en esas fechas Hernan no se encontraba en situación de ILT y por tanto no tenía ningún expediente abierto, pero la consulta efectuada a través del programa Millennium lo fue en su historia clínica y además la duración le permitió tener conocimiento de los datos tanto personales como de su salud que allí estaban recogidos.

Con fecha 23 de febrero de 2019 Hernan remitió un correo electrónico a su hija común, Enma, que por aquel entonces contaba con 19 años de edad, con quien no mantenía relación desde que esta había alcanzado la mayoría de edad, en el que le decía: "Querida hija, comunicarte que me he realizado una analítica y hay valores alterados que sugieren la posibilidad de un carcinoma. He acudido a mi médico y ya hemos planificado el estudio a seguir. Hoy sigo en la cama con algo de fiebre es estos últimos días pero parece que esta ha desaparecido. Por mi parte estoy tranquilo. Besos, tu padre", sin obtener respuesta alguna por su parte. Enma acude desde el 30 de abril de 2019 al Centro de Psicología Clínica de la psicóloga clínica Justa donde recibe tratamiento por diversos síntomas ansiosos-depresivos.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, previsto y penado en el artículo 197.2 y 4 a) del Código Penal, del que considera responsable en concepto de autora a la acusada Margarita, en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando le fuera impuesta la pena de 3 años y 6 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para

el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y pago de las costas procesales.

TERCERO.- La Acusación Particular formulada por la representación de Hernan calificó definitivamente los hechos procesales como constitutivos de cuatro delitos de descubrimiento y revelación de secretos, uno de ellos continuado, previstos y penados en los arts. 197.2, 4 y 5 y 198 del Código Penal de los que considera responsable en concepto de autora a la acusada Margarita, para quien solicita, por cada uno de los tres delitos la pena de cuatro años de prisión y para el delito continuado la pena de 5 años de prisión, así como la multa de 24 meses a razón de 30 euros día y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal, por cada uno de los delitos, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta para el ejercicio de su profesión u oficio por el plazo de 10 años, por cada uno de los cuatro delitos; a que en concepto de responsabilidad civil le indemnice en la cantidad de 36.000 euros, a razón de 6.000 euros por cada uno de los accesos ilegítimos, en concepto de indemnización por los daños morales, al afectar a su derecho constitucional a su intimidad por tratarse, además, de datos especialmente sensibles y reservados y al pago de las costas incluidas las de la acusación particular.

CUARTO.- La defensa de la acusada mostró su disconformidad con las acusaciones formuladas en su contra por el Ministerio Fiscal y acusación particular y solicitó su libre absolución y subsidiariamente, consideró que los hechos serían constitutivos de un delito del art 197.2 del Código Penal, concurriendo la eximente del art. 20.5 del Código Penal "estado de necesidad, además de la "omisión del deber de socorro" por lo que procede su absolución. "

SEGUNDO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos condenar a Margarita como responsable en concepto de autora de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de dos años, seis meses y un día de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de veintiún meses, con cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas y la inhabilitación absoluta, con el contenido del art. 41 del Código Penal, por seis años. A que en concepto de responsabilidad civil indemnice a Her-

nan en 3.000 euros y al pago de las costas judiciales causadas con inclusión de 1/4 de las devengadas por la acusación particular.

Y absolverla del resto de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos imputados por la acusación particular, declarando de oficio el resto de las costas judiciales causadas.

Así por esta nuestra sentencia, frente a la que puede interponerse recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el plazo de los diez días siguientes a aquel a la última notificación de la sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. "

TERCERO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó auto de aclaración de sentencia, de fecha 14 de junio de 2021, cuya parte dispositiva tiene el siguiente contenido:

"LA SALA ACUERDA: Aclarar la sentencia de fecha 13 de mayo de 2021, en el siguiente sentido:

En el Fundamento de Derecho Segundo, donde dice "... accedió el 23 de febrero de 2019, a través del programa Millennium ..." ha de decir "... accedió el 26 de febrero de 2019, a través del programa Millennium ...".

Contra la presente resolución no cabe recurso, sin perjuicio del que proceda contra la sentencia a que se refiere. "

CUARTO.- Notificada referida sentencia a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D^a. Margarita, y por la representación procesal de D. Hernan (acusación particular), elevándose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que en el Rollo de Apelación nº 39/2021, dictó sentencia nº 43/2021, de fecha 6 de octubre de 2021, que aceptó la declaración de hechos probados de la sentencia apelada, y cuyo fallo es el tenor literal siguiente:

"FALLAMOS: QUE ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES DOÑA MARTA MARÍA ARIJA DOMÍNGUEZ, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE D^a Margarita Y DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL PROCURADOR D. JOSÉ LUIS LÓPEZ GONZÁLEZ, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE D. Hernan, INTERPUESTOS CONTRA LA SENTENCIA DICTADA POR LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVIN-

CIAL DE ASTURIAS, CON FECHA 13 DE MAYO DE 2021 EN EL ROLLO DE APELACIÓN 18/20, Y EN CONSECUENCIA REVOCAMOS DICHA SENTENCIA, CUYA PARTE DISPOSITIVA SE MODIFICA POR LOS SIGUIENTES PRONUNCIAMIENTOS:

a) QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A LA ACUSADA DEL DELITO DE DESCUBRIMIENTO DE RELEVACIÓN DE SECRETOS POR EL QUE FUE CONDENADA POR LA SENTENCIA DE LA INSTANCIA.

b) QUE DEJAMOS SIN EFECTO LOS PRONUNCIAMIENTOS RELATIVOS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL ALLÍ CONTENIDOS.

c) NO HACER IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

d) DEDUCIR EL CORRESPONDIENTE TESTIMONIO DE PARTICULARES PARA SU REMISIÓN A LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, A LOS EFECTOS QUE EN DERECHO PROCEDA.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación en los supuestos previstos en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.

Dedúzcase testimonio de esta resolución y, una vez firme remítase, en unión de los autos originales, al Tribunal de procedencia. "

QUINTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Hernan (acusación particular), por infracción de ley, y de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

SEXTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Hernan (acusación particular):

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por errónea aplicación del art. 197.2 CP.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 LECr. y 5.4 LOPJ, por vulneración del art. 24.1 CE, derecho a la tutela judicial efectiva.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por inaplicación del art. 74 CP.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de la normativa relativa a los "Datos de carácter personal".

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECr., por error en la valoración de la prueba.

SÉPTIMO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal interesó la estimación del primer motivo y la desestimación de los otros cuatro motivos, y la representación procesal de la parte recurrida D^a. Margarita, solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del recurso; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 17 de enero de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Hernan (acusación particular)

PRELIMINAR.- Contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, nº 43/2021, de 6-10-2021, que estimó el recurso de apelación interpuesto por Margarita, contra la sentencia dictada por la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Oviedo nº 166/2021, de 13-5-2021, que había condenado a la misma como autora de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, absolviéndola de dicho delito y del resto de los imputados por la acusación particular; desestimado el recurso de apelación interpuesto por dicha parte, se interpone por la acusación particular el presente recurso de casación por cinco motivos: infracción de ley del art. 849.1 LECrim, por errónea aplicación del art. 197.2 CP; por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ; por vulneración del art. 24.1 CE, tutela judicial efectiva; por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación del art. 74 CP; por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de la normativa de los "Datos de carácter

personal"; y por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim, por error en la valoración de la prueba.

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por errónea aplicación del art. 197.2 CP, en lo que respecta a la interpretación del requisito "en perjuicio de tercero" respecto a los datos sensibles a la salud.

El motivo se concreta en el acceso inconsentido por parte de la Sra. Margarita el 26-2-2019, a través del sistema informático Millennium, obteniendo aquella información sobre datos personales y la historia clínica del recurrente, su ex marido Sr. Hernan.

Argumenta, en síntesis, que la interpretación del requisito "en perjuicio de tercero" respecto a los datos sensibles relativos a la salud, había sido errónea y contraria a la doctrina jurisprudencial que transcribe en el recurso, SSTs 250/2021, de 17-3; 178/2021, de 1-3; 392/2020, de 15-7; 379/2018, de 23-7; 144/2018, de 3-4; 40/2016, de 3-2; 1328/2009, de 30-12, de la que se desprende que solo cuando el acceso se refiere a datos no sensibles, el perjuicio debe ser acreditado, mientras que el acceso a datos sensibles referidos a la salud, integraría el delito al ser el perjuicio ínsito al acceso.

1.1.- El motivo, que es apoyado por el Ministerio Fiscal, deberá ser estimado.

En efecto, sentencias de esta Sala posteriores a la sentencia recurrida, siguen manteniendo la tesis de la sentencia de instancia. Así, por ejemplo, la STS 616/2022, de 22-6, hemos recordado que el art. 197.2 se encuentra ubicado en el capítulo primero "Del descubrimiento y revelación de secretos, del Título X del Libro II del Código Penal que se rotula como "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio".

En este sentido los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados por el art. 18.1 CE, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas, destacando la necesaria protección frente al creciente desarrollo de los medios y procedimiento de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias que pertenecen a la intimidad.

Por intimidad, por tanto, se pueden entender diversos conceptos, siendo significativo a estos efectos que la

terminología usada para referirse a dicho concepto varía en los distintos países, así en Italia se habla de "riservatezza", en Francia de "vie privé", en los países anglosajones de "privacy", y en Alemania de "privatsphäre", pero que vienen a coincidir en la existencia de una esfera de privacidad que cabe considerar secreto en el sentido de ser facultad de la persona su exclusión del conocimiento de terceros. El Código actual ha hecho además especial referencia a la llamada "libertad informática, ante la necesidad de conceder a la persona facultades de control sobre sus datos en una sociedad informatizada, siguiendo las pautas de la Ley Orgánica de Regulación del tratamiento Automatizado de Datos personas (LORTAD) 5/92 de 29.10, relacionada con el Convenio del Consejo de Europa de 28.1.81, y la Directiva 95/46 del Parlamento de la Unión Europea relativos a la protección de tales datos y a su libre circulación.

1.2.- Esta segunda dimensión de la intimidad conocida como libertad informática o habeas data, encuentra su apoyo en el art. 18.4 CE, en donde taxativamente se dispone que "la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". De esta proclamación se deriva su poder de acción del titular para exigir que determinados datos personales no sean conocidos, lo que supone reconocer un derecho a la autodeterminación informativa, entendido como libertad de decidir qué datos personales pueden ser obtenidos y tratados por otros. La llamada libertad informática significa, pues, el derecho a controlar el uso de los datos de carácter personal y familiar que pueden recogerse y tratarse informáticamente (habeas data); en particular como señala la doctrina- entre otros aspectos, la capacidad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención (SSTC. 11/98 de 13.1, 45/99 de 22.3).

1.3.- Esta evolución del concepto de intimidad puede apreciarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional así en un primer momento la intimidad se configura como el derecho del titular a exigir la no injerencia de terceros en la esfera privada, concibiéndola pues, como un derecho de corte garantista o de defensa. En un segundo momento a partir de la STC. 134/99 de 15.7, la intimidad pasa a ser concebida como un bien jurídico que se relaciona con la libertad de acción del sujeto, con las facultades positivas de actuación para controlar la información relativa a su persona y su familia en el ámbito público: "el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa

a una persona o a su familia, pudiendo imponer a terceros (sean estos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida" (SSTC. 134/99 de 15.7 y 144/99 de 22.7).

En esta dirección la STS 358/2007 de 30.4 destacó analizando el art. 197 CP. que dicho precepto contiene varias conductas en una compleja redacción y sanciona en primer lugar al que se apodere de los papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales de otra persona, al quien interceptare las comunicaciones de otro y al que utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, en todos los casos sin su consentimiento y con la finalidad de descubrir sus secretos o vulnerar su intimidad. Se trata de conductas distintas que no precisan que el autor llegue a alcanzar la finalidad perseguida. En los dos primeros casos requiere sin embargo un acto de apoderamiento o de interceptación efectivos, mientras que en el supuesto de utilización de artificios basta con la creación del peligro que supone su empleo con las finalidades expresadas para la consumación de la infracción penal.

También sanciona a quien, sin estar autorizado, se apodere, en perjuicio de tercero, de datos reservados de carácter personal o familiar de otro, que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Así como a quien simplemente acceda a ellos por cualquier medio sin estar autorizado y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

1.4.- El bien jurídico protegido es la intimidad individual. Aunque la idea de secreto puede ser más amplia, como conocimientos solo al alcance de unos pocos, en realidad deben estar vinculados precisamente a la intimidad pues esa es la finalidad protectora del tipo. En este sentido, la STS nº 666/2006, de 19 de junio, en la que se dice que "la idea de secreto en el art. 197, 1º CP resulta conceptualmente indisociable de la de intimidad: ese "ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás" (SSTC 73/1982 y 57/1994 entre muchas)". Así se desprende de la ubicación del precepto en el Título dedicado a los delitos contra la intimidad, y es coherente con su propia redacción, pues en el primer apartado relaciona los papeles, cartas o mensajes de correo electrónico con otros documentos o efectos personales. Y en el segundo apartado se

refiere a datos reservados de carácter personal o familiar.

En relación a la conducta enjuiciada, interesa resaltar que el tipo objetivo requiere solamente un acto de apoderamiento, sin necesidad de que el autor llegue a descubrir los secretos o vulnerar la intimidad en el primer caso, y en el mero acceso de los datos protegidos en el segundo. El tipo subjetivo exige, sin embargo, aquella finalidad, junto con el dolo en el acto de apoderamiento o de acceso.

1.5.- Centrándonos en el análisis de los delitos recogidos en el segundo apartado del art. 197, éstos tienen un sentido claramente distinto a los recogidos en el apartado primero: ya que las conductas afectan a datos que no están en la esfera de custodia del titular, sino en bancos de datos y pueden causar perjuicios a terceros distintos del propio sujeto al que se refiere la información concernida.

Un sector doctrinal considera que en el art. 197.2 se protegen, en realidad, dos bienes jurídicos. Por una parte, la intimidad del sujeto pasivo, en relación con las conductas de apoderarse, acceder y utilizar los datos. Por otra parte, la integridad de los datos, en relación con los comportamientos de modificar o alterar. Distinción, no obstante, relativa por el hecho de quien pretende modificar o alterar, primero debe acceder, con lo que se habría lesionado también la intimidad en estas modalidades de conducta.

Consecuentemente, como ya hemos indicado, lo que se protege en este apartado segundo es la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye una dimensión positiva de la intimidad que constituye el bien jurídico protegido. Según el art. 3 a) de la Ley Orgánica 15/99 de 13.12, de Protección de Datos de Carácter Personal (LPDP) dato de carácter personal es "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. No se define, sin embargo, qué datos son reservados, ni siquiera se utiliza la denominación de datos de carácter familiar.

Advierte la doctrina que el calificativo de reservado carece en absoluto de sentido, debiendo descartarse como después se analizará más extensamente- la tesis de que la protección penal haya de limitarse a solo cierto tipo de datos personales de mayor relevancia, con exclusión de otros, cuya protección quedaría reservada al ámbito administrativo. Prueba de que ello no es

así lo proporciona el apartado 5º que agrava la pena que corresponde a las conductas realizadas sobre esos datos de especial relieve, lo que evidencia que los demás están incluidos dentro del apartado 2. Por ello en el sentido del tipo el entendimiento más adecuado del carácter reservado de los datos es considerar que son tales los que no son susceptibles de ser conocidos por cualquiera. El precepto insiste en ello al aclarar por partida doble que el delito lo comete el que accede a los datos o los utiliza "sin estar autorizado", evidencia de que no son datos al alcance de cualquiera.

1.6.- Los datos, además, ha de estar "recogidos (registrados) en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Fichero es todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso (art. 3 b. LPDP) y conforme al art. 4.6 del Reglamento (UE/2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27-4-2016, 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, fichero es "todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado o repartido de forma funcional o geográfica"). En el sentido del art. 197.2 debe exigirse que se trate de un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas. Dado el carácter reservado de los datos, los ficheros o registros han de ser de acceso y utilización limitada a personas concretas y con finalidades específicas, siendo indiferente, su naturaleza: personal, académica o laboral, medica, económica, etc... Se trata, en realidad de informaciones de carácter personal relacionadas más con la privacidad que con la intimidad. No tienen por qué ser informativos, porque se acoge también a cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado.

Las conductas van dirigidas a datos que se hallen registrados, es decir a bancos de datos preexistentes, entendiéndose por la doctrina que no es típica la creación clandestina de bancos de datos, que queda en el ámbito administrativo sancionador.

1.7.- La conducta del autor se centra en "apoderarse de los datos".

Se apoderearse ha interpretado por un sector doctrinal en sentido estricto como el apoderamiento que precisan los delitos contra el patrimonio. Otro sector se inclina por una interpretación más amplia, comprendiendo los

supuestos en que se copian los datos, dejando intactos los originales o simplemente se capta, se aprehende, el contenido de la información, acepción en la que "apoderarse" resultaría equivalente a acceder al dato que se castiga también en el inciso final. Utilizar es usar sin apoderarse de ellos. Modificar es alterar los mismos, tanto si se trata de mejorar como de perjudicar la situación del sujeto al que afectan.

Las conductas tienen que producirse sin estar autorizado para acceder, manipular o modificar el banco de datos y realizarse en perjuicio de tercero, tercero que puede ser distinto al titular de los datos produciéndose una triple implicación de sujetos (sujeto activo, titular de los datos y eventual perjudicado) que responde, a la idea de que el titular de los datos no puede ser sujeto activo del delito porque él es el sujeto pasivo, dado que lo tutelado es su intimidad, tal como preciso la STS. 1461/2001 de 11.7.

a) En principio, todos los datos personales automatizados, son "sensibles" porque la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento de Datos Personales (LORTAD) 5/92 de 29.10, no distingue a la hora de ofrecerles protección (véase art. 2.1º y 3º de dicha Ley). Datos en principio, inocuos al informatizarlos, pueden ser objeto de manipulación, permitiendo la obtención de información.

No existen, por consiguiente, datos personales automatizados reservados y no reservados, por lo que debe interpretarse que todos los datos personales automatizados quedan protegidos por la comunicación punitiva del art. 197.2 CP.

b) Tampoco hacen distinción alguna, ni la Ley vigente de Protección de Datos Personales, LO. 15/99 de 13.12, que ha sustituido a la LORTAD, ni la Directiva 95/46 de la Unión Europea, ni el Convenio del Consejo de Europa, en la propia LORTAD.

c) No es posible, a su vez, interpretar que "los datos reservados" son únicamente lo más sensibles, comprendidos en el "núcleo duro de la privacidad", (v.g. ideología, creencias, etc.) para quedar los no reservados en el grupo de los sancionables administrativamente, por cuanto dicho enfoque hermenéutico chocaría con una interpretación sistemática del art. 197 CP, ya que si en él se prevé un tipo agravado para esta clase de datos (numero 5) "a sensu contrario" los datos tutelados en el tipo básico, serían los no especialmente protegidos (o "no reservados") en la terminología de la Ley.

En consecuencia y en línea de principio, no importa la trascendencia e importancia objetiva de los datos personales y familiares. No cabe, pues, diferenciar a efectos de protección entre datos o elementos "objetivamente" relevantes para la intimidad que serían los únicos susceptibles de protección penal y datos "inocuos" cuya escasa significación los situaría directamente fuera de la intimidad penalmente protegida. En esta dirección la STS. 725/2004 de 11.6 nos dice que el art. 197. 2 CP no hace distinciones respecto del objeto de la acción que tengan fundamento en normas no penales y se refiere a "datos reservados de carácter personal o familiar" registrados en soportes informáticos, electrónicos o telemáticos de archivos o registros públicos o privados. Es decir, que el legislador ha querido alcanzar todos los datos de estas características porque, indudablemente, todos son merecedores de protección penal.

1.8.- Ahora bien si debe exigirse que los datos o información pertenezcan al ámbito privado y personal o familiar del sujeto. La STS. 358/2007 de 30.4, recordó que aunque en el segundo apartado del art. 197 se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar, no siendo preciso que pertenezcan al núcleo duro de la privacidad, pues de ser así se aplicaría la agravación del apartado quinto del artículo 197, si es necesario que afecten a la intimidad personal.

Hay que distinguir entre la irrelevancia "objetiva" del contenido e importancia de la información para que la protección penal opere en el caso de datos de carácter personal o familiar, a que se refiere el art. 197.2, que, desde el punto de vista sustancial y aisladamente considerados, son generalmente inocuos; y la necesaria equiparación que debe establecerse entre "secreto" y "reservados" a efectos de la intimidad personal y familiar. En efecto de una interpretación teleológica y sistemática se debe concluir que el término reservados" que utiliza el Código hay que entenderlo como "Secretos" o "no públicos", parificándose de este modo el concepto con el art. 197.1 CP. Secreto será lo desconocido u oculto, refiriéndose a todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca o no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se conozca.

1.9.- Y en cuanto "al perjuicio de tercero" es el elemento que más problemas ocasiona en relación al tipo que nos ocupa.

Ante la polémica doctrinal sobre si tal expresión debe considerarse un elemento subjetivo del injusto, o exige efectivamente la producción del resultado, la STS

234/1999 de 18 de febrero mantuvo que el perjuicio producido por la acción tiene que estar naturalmente abarcado por el dolo pero no tiene que ser el único ni el prioritario móvil de la acción. Llegó a esta conclusión no sólo a partir de la ubicación sistemática del artículo 197.2, sino también de la propia relevancia constitucional del bien jurídico lesionado por el delito, cuya protección penal no puede estar condicionada, so pena de verse convertida prácticamente en ilusoria, por la improbable hipótesis de que se acredite, en quien atente contra él, el deliberado y especial propósito de lesionarlo.

Para la STS 1084/2010 subjetivamente se exige que la conducta se lleve a cabo en perjuicio de tercero, aunque no haya un ánimo específico de perjudicar. Y basta con que la acción se realice con la finalidad dicha, sin que resulte necesaria para la consumación la producción del resultado lesivo. "Se trata por tanto de un delito de peligro que no requiere la ulterior producción de un resultado de lesión".

...En este caso, además hemos de entender que el perjuicio existió pues, el acusado con su acción puso al descubierto los datos obrantes en las bases en cuestión, cuyo carácter reservado está fuera de toda duda, y con ello dañó el derecho de sus titulares a mantenerlos secretos u ocultos (en este sentido se pronunció la STS 990/2012, de 18 de octubre)".

4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 40/2016 de 3 Feb. 2016, Rec. 943/2015

a.- El concepto "en perjuicio de"

"Surge el problema interpretativo relativo a la exigencia de un perjuicio como requisito de la tipicidad en la modalidad de acceso del art. 197.2 del Código penal. Recordamos que el artículo presenta una variedad de modalidades típicas regida por los verbos nucleares que delimitan la acción. Se exige la falta de autorización para "apoderarse, utilizar o modificar en perjuicio de tercero datos reservados de carácter personal", añadiendo que "Iguales penas se impondrán a quien sin estar autorizado acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero".

La sentencia impugnada reproduce la jurisprudencia de esta Sala, con cita de las SSTs 1328/2009, de 30 de diciembre y de 18 de octubre de 2012, afirmando que pese a que desde una interpretación gramatical pudiera entenderse que la exigencia de perjuicio no cubre a la

modalidad típica del acceso, sí es exigible el perjuicio desde una interpretación integradora del tipo penal, pues no tendría sentido que se exigiera el perjuicio para los comportamientos delictivos consistentes en apoderarse, utilizar y modificar, y no se exigiera para el acceso, cuando las anteriores conductas típicas requieren el acceso para su realización. Reseñamos también la STS 532/2015, de 23 de septiembre que añade que la conducta sería atípica si no se acreditara el perjuicio para el titular de los datos o que éste fuera ínsito, por la naturaleza de los datos descubiertos, como es el caso de los datos sensibles.

Ratificamos en esta Sentencia esa interpretación. El delito del art. 197.2 del Código penal, delito contra la libertad informática o "habeas data" es un delito que atenta a la intimidad de las personas mediante una conducta típica que va referida a la realización de un uso ilegítimo de los datos personales insertos en programas informáticos, electrónicos o telemáticos. Se trata de datos reservados que pertenecen al titular pero que no se encuentran en su ámbito de protección directo, directamente custodiados por el titular, sino inmersos en bases de datos, en archivos cuya custodia aparece especialmente protegida en orden a la autorización de su inclusión, supresión, fijación de plazos, cesión de información, etc, de acuerdo a la legislación de protección de datos, delimitando claramente la titularidad y manejo y cesión de la información contenida en los mismos (Vid. STS 1084/2010, de 9 de diciembre).

Caracteriza, por lo tanto, esta figura típica tratarse de datos propios de la intimidad de una persona guardadas en bases de datos no controladas por el titular del derecho, y, por ende, sujeta a especiales normas de protección y de acceso que el autor quiebra para acceder. El carácter sensible de los datos a los que se accede incorpora el perjuicio típico. Como dice la STS 532/2015, de 23 de septiembre, en principio todos los datos personales analizados son "sensibles" porque la ley no distingue a la hora de darles protección y el tipo penal prevé una agravación (art. 197.6 CP) para los supuestos en los que el objeto sea especialmente sensible, afectando a ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual.

Las distintas modalidades de acción implican una agresión a la custodia de los datos que aparece expresada con el término "sin estar autorizado" lo que implica no sólo una acceso no permitido a la información reservada, como el que pudiera realizar una persona ajena a la base de datos o al archivo que incluye los datos especialmente protegidos, también un

acceso realizado por un autorizado fuera del ámbito de la autorización y de ahí que, como dijimos en la STS 1328/2009, de 30 de diciembre, los verbos nucleares del tipo penal han de ser interpretados en el sentido amplio comprendiendo los supuestos en los que se copian datos dejando intactos los originales, bastando con captar, aprehender, el contenido de la información, sin ser precisa un apoderamiento material del dato.

Desde la perspectiva expuesta la modalidad de conducta consistente en el acceso inconsentido, requiere un perjuicio, porque así lo exige el tipo penal, "Iguales penas se impondrán a quien sin estar autorizado acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero".

El término "en perjuicio" informa la conducta de quien accede y de quien altera o utiliza, los datos protegidos; además, y como dijimos en las Sentencias que la de instancia relaciona y añadimos la STS 234/99, de 18 de febrero, sería ilógico incluir la exigencia de un perjuicio en las modalidades típicas que implican el previo acceso al dato.

La expresión del perjuicio no supone que el delito incorpore una finalidad económica. Se trata de un delito que supone el conocimiento y voluntad en la acción realizada actuando a sabiendas, en tanto que el perjuicio se refiere al peligro de que los datos albergados en las bases de datos protegidas puedan llegar a ser conocidos por personas no autorizadas. En el caso ese perjuicio se ha producido, y el autor lo pretendió al tomar conocimiento de un dato personal especialmente sensible en nuestro ámbito cultural, inherente a la intimidad más estricta que no interesa sea conocido fuera de la privacidad y hacerlo con conocimiento de una actuación contraria a la norma que permite su acceso. El perjuicio se realiza cuando se apodera, utiliza, modifica o accede a un dato protegido con la intención de que su contenido salga del ámbito de privacidad en el que se incluyó en una base de datos, archivo, etc, especialmente protegido, porque no es custodiado por su titular sino por titulares de las bases con especiales exigencias de conductas de protección.

Así lo expusimos en la STS de 11 de julio de 2001, al reseñar que el perjuicio exigido va referida a la invasión de la intimidad y no a la producción de un quebranto económico patrimonial concreto. En la STS 532/2015, de 23 de septiembre, se refiere ese perjuicio en un supuesto similar al presente porque perjudica a su titular al tratarse de datos sensibles por su naturaleza cuyo ac-

ceso ya perjudica a su titular. También en materia de análisis del perjuicio en datos no sensibles, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 532/2015 de 23 Sep. 2015, Rec. 648/2015.

El perjuicio es evidente, por cuanto hay acceso incon-sentido de datos reservados y personales de los afectados, pese a que el recurrente pretende restarles valor, pero son datos propios e inutilizables sin autorización, y pese a ello se le encarga al recurrente que los extraiga y los entregue, que es lo que hace, con lo que el perjuicio es notorio y evidente, sin olvidar que con esa entrega perjudicó las investigaciones que la propia Policía estaba llevando a cabo sobre una organización dedicada al transporte marítimo de cocaína. Hay que recordar, pues, con la doctrina mayoritaria y la Jurisprudencia de esta sala del Tribunal Supremo que se pueden extraer las siguientes características de la parte subjetiva del delito del art. 197.2 CP:

a) Se trata de un delito doloso, pero no de tendencia, basta que el sujeto se represente la posibilidad de que cualquier persona pudiera resultar afectada por la utilización de sus datos, sin exigir un ánimo específico de perjudicar a tercero.

b) El delito se consuma tan pronto el sujeto activo accede a los datos, tan pronto los conoce y tiene a su disposición, sin necesidad de un ulterior perjuicio, pues sólo con eso se quebranta la reserva que los cubre.

c) Cualquiera de las conductas típicas del art. 197.2 CP debe realizarse en perjuicio del titular de los datos o de un tercero, incluido el mero acceso. El perjuicio se refiere al peligro de que los datos albergados en los ficheros puedan llegar a ser conocidos por personas no autorizadas, sin que resulte necesario la producción de un resultado. Pero en los casos analizados es lo que ocurrió con las cesiones.

d) Se trata de un delito intencional de resultado cor-tado cuyo agotamiento tendría lugar si los datos se difunden a persona no autorizada.

e) El acceso a los datos sensibles, su apoderamiento o divulgación comporta ya ese daño a su derecho de mantenerlos secretos u ocultos, integrando el perjuicio exigido, mientras que los datos no sensibles, no es que no tengan virtualidad lesiva, sino que debe acreditarse su efectiva concurrencia.

1.10.- En el caso que nos ocupa, se trata de datos albergados en ficheros de salud, ese perjuicio aparece ín-

sito en la conducta de acceso. Se trata de datos sensibles de salud que gozan de especial protección por tratarse de datos relativos a la salud. La salud forma parte de la estricta intimidad de la persona y de acuerdo a nuestra cultura, se considera información sensible y es inherente al ámbito de la intimidad más estricta, es "un dato perteneciente al reducto de lo que normalmente se pretende no trascienda fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona en su núcleo familiar (STS 320/2020, de 15-7).

En SSTs 40/2016, de 3-2; 497/2018, de 23-10; 42/2018, de 10-1, hemos contemplado los supuestos de los historiales médicos alojados en bases de datos de organización sanitaria.

En el mismo sentido la s. 374/2020, de 8-7, que señala que los datos referentes a la salud integran el núcleo duro de la privacidad y rellena las exigencias del perjuicio típico que se refiere al art. 197.2 CP objeto de la condena. Como señala el TEDH (s. CC v. España de 6-10-2010) "el respeto al carácter confidencial de las informaciones sobre la salud, constituye un principio esencial del sistema jurídico de todas las partes contratantes del Convenio. Es fundamental, no solo para proteger la vida privada de los enfermos sino igualmente preservar su confianza en el cuerpo médico y los servicios de salud en general."

En base a lo razonado, el motivo debe ser estimado, al ser los hechos declarados probados constitutivos de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.2 CP conforme a la sentencia condenatoria dictada, en su día, por la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ por vulneración del art. 24.1 CE: derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, y a la no indefensión, al no haber sido objeto de estudio y examen el recurso de apelación interpuesto por dicha parte.

Alega que la sentencia del TSJ de Asturias no entra a analizar el recurso de apelación interpuesto por dicha parte contra la sentencia de la Audiencia Provincial por los accesos de los que la acusada fue absuelta, al poner en igual nivel todos los accesos no constituyen delito porque falta el elemento del perjuicio.

Así, en el fundamento de derecho segundo, in fine, expresa: "En conclusión, procede estimar este motivo impugnatorio al existir un error de tipificación que nos

lleva derechamente a estimar el recurso interpuesto por la Sra. Margarita absolviéndola del delito por el que había sido condenada en la sentencia apelada. La estimación de este motivo impugnatorio hace ocioso el analizar y valorar el resto de los motivos impugnatorios articulados por su representación procesal. La misma razón nos evita analizar el escrito de recurso articulado por la representación procesal del Sr. Hernan, por los mismos motivos expuestos, que nos llevan a entender que ni ha sido delito el acceso por el que fue condenada, ni por supuesto los otros por los que el escrito de recurso al que ahora referimos pretende extender la condena."

Entiende la parte recurrente que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva causando indefensión, al no cumplir el órgano jurisdiccional el deber constitucional de motivación, es imposible saber si el razonamiento es arbitrario o absurdo o irracional y en la práctica se le ha privado del derecho a un recurso en el Tribunal Superior, mandato obligado por nuestra Constitución, como garantía del proceso penal, dado que la parte tenía derecho a una resolución de su recurso con un mínimo de fundamento a que la Sala ofreciera contestación sobre todas y cada una de las cuestiones suscitadas en el recurso de apelación.

2.1.- El motivo debe ser desestimado.

Es cierto que el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 CE comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho de los jueces y tribunales y exige que las sentencias expliciten de forma bastante, las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que como se dice en la STS. 714/2014 de 12.11, lo que además ya venía preceptuado en el art. 142 LE-Crim. está prescrito en el art. 120.3 CE, y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma Supra Ley.

Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el mo-

tivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2, 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92 de 2.11).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4, han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1, 199/96 de 4.6,

20/97 de 10.2). Según la STC. 82/2001 "solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento".

2.2.- En el caso actual el TSJ consideró que la estimación del motivo referido a la infracción del art. 197 CP planteado por la defensa, hacía ocioso el analizar y valorar los motivos impugnatorios articulados por la acusación particular. Y como señala el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, ante la falta de ese pronunciamiento la parte no interpuso el correspondiente recurso de aclaración.

2.3.- En todo caso nos encontraríamos ante una sentencia absolutoria dictada por la Audiencia que declaró probado que: "Se desconoce el tipo de información que Margarita obtuvo como consecuencia de las consultas informáticas realizadas a través de los programas Womi y Sagitario, por cuanto en esas fechas Hernan no se encontraba en situación de ILT (incapacidad laboral transitoria) y por tanto no tenía ningún expediente abierto", y en la fundamentación jurídica que: "El acceso a las aplicaciones Womi y Sagitario está acreditado, pero sin embargo no lo ha sido el tipo de información a la que pudo haber accedido la acusada, si bien todo apunta a tratarse de datos carentes de cualquier virtualidad lesiva ya que no consta que fueran de los denominados sensibles con potencialidad lesiva "per se" por afectar a la esfera más íntima del ser humano, de ahí que consideremos que esa intromisión no sea constitutiva de delito, resultando atípica y ajena a las previsiones legales, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o de tipo disciplinario a que pudiera dar lugar."

Razonamiento absolutorio ratificado implícitamente en apelación y que implica la desestimación del motivo basado en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

TERCERO.- El motivo tercero por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación errónea del tipo previsto en el art. 197.2 en cuanto a la relevancia penal de los accesos no autorizados a los datos sensibles relativos a la salud, conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo e inaplicación del art. 74 CP. Alega que se ha aplicado erróneamente el tipo previsto en el art. 197.2 CP al absolver a la acusada por los accesos a datos sensibles de salud que obran en los

programas Womi y Sagitario. En concreto el 22-6-2017 al programa Womi; el 16-1-2019 al programa Sagitario; el 26-2-2019 al programa Womi; el 26-2-2019 al programa Sagitario; el 1-3-2019 al programa Sagitario. Y en dos de dichas cinco ocasiones (la del 22-6-2017 y el 1-3-2019) con las claves de usuario y contraseña de su compañera de trabajo.

Añade que los tres accesos realizados el 26-2-2019, a las 9:14:08 programa Womi; a las 9:16 programa Sagitario, y a las 11:32:12 programa Millennium, conformarían un único delito pero continuado, aplicando lo establecido en el art. 74 CP.

3.1.- El motivo, se adelanta, deberá ser desestimado, no solo porque se plantea desde una perspectiva procesal equivocada, al ser constante la jurisprudencia de esta Sala -por todas SSTs 917/2021, de 24-11; 952/2021, de 2-12; 25/2022, de 14-1-, en el sentido de que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim, ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr (STS 421/2018, de 20 de septiembre).

El artículo 849.1 de la LECrim fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma

jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión-ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y en todo caso, las cuestiones planteadas por el recurrente respecto al acceso a los programas Womi y Sagitario ya han sido analizadas en el motivo precedente, al que nos remitimos para evitar innecesarias repeticiones.

3.2.- En cuanto a las tres ocasiones que el mismo día 26-2-2019, la acusada accedió al programa Womi - 9:14:08-, programa Sagitario-9:16-, y programa Milenium-11:32:12-, con independencia de que la Sala de instancia solo consideró punible esta última, las SSTS 354/2014, de 9-5; 650/2018, de 14-12, analizan el su-

puesto-unidad de acción- problemático en la dogmática penal, parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyen un objeto único de valoración jurídica será natural o jurídica, dice la STS. 18.7.2000, en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre si, respondiendo todos a un designio común que aglutine los diversos actos realizados, STS. 820/2005 de 23.6.

Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniendo como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentre vinculadas en el tiempo y en el espacio.

En esta dirección la doctrina considera que la denominada teoría de la "unidad natural de acción" supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción.

En la jurisprudencia se destaca como el concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba este concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad por cualquier tercero. Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de unidad de resolución del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad. Pese a todo, hoy es mayoritaria la idea de que el concepto de unidad de acción, a efectos jurídico-penales, exige manejar consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo, más que de una valoración prejurídica. (SSTs. 213/2008 de 5.5, 1349/2009 de 25.1.2010). Por ello la teoría del concepto normativo de acción impide que superados los meros efectos naturalísticos de las acciones humanas pueda calificarse de una unidad natural de acción cuando se produce la falsificación de varios documen-

tos mercantiles distintos. La teoría contraria llevaría al absurdo resultado de que cualquiera que fuera el número de cheques, pagarés o letras de cambio que se falsificaran continuamente en una unidad natural de acción, constituirían un solo delito, aunque se tratara, de miles de firmas falsas (por ejemplo, un talonario correspondiente a la falsificación de papeletas de lotería, en las cuales se falsifica la firma del depositario (STS. 566/2006 de 9.6).

En definitiva, el concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción, para que se produzca en el mundo real. En suma, la ley penal no atiende estrictamente a la naturalidad de las acciones, sino a sus componentes jurídicos.

En el caso actual nos encontraríamos ante un supuesto de unidad natural de acción dada su vinculación temporal y espacial, en lugar de constituir acciones individuales relevantes que pudieran ser contempladas como una unidad jurídica y delito continuado.

CUARTO.- El motivo cuarto-complementario de los motivos 1 y 3-, por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por considerar infringida la normativa relativa a los "datos de carácter personal" LOPD 15/99, actual LO 3/2018; la Ley 14/1986 General de Sanidad (LGS); la Ley 41/2002, de 14-11 (LBAP); Ley 33/2011, de 4-10 (LGS); Ley 17/2019, de 29-3, de Salud del Principado de Asturias y el Decreto 51/19, por el que se regula la historia clínica y otra documentación clínica del Principado de Asturias y Resolución de 8-3-2011, de la Consejería de Salud y Servicios Sociales del Principado de Asturias-normativa reguladora y relacionada con los datos sensibles que merecen especial protección y que debe ser observada para la aplicación de la ley y el tipo penal aplicable al caso-.

El motivo se desestima.

4.1.- La normativa que se cita relativa a los ámbitos de salud, protección de datos, de carácter administrativo, estatal y autonómico, tiene difícil encaje en la infracción de precepto penal sustantivo, y al haberse estimado el motivo primero en relación a los accesos en el programa Millennium, no se cuestiona que los datos relativos a la salud tienen la consideración de sensibles a los efectos del elemento objetivo del art. 197.2 CP, y no haberse determinado el tipo de información

que la acusada obtuvo como consecuencia de las consultas informáticas realizadas a través de los programas Womi y Sagitario, el incumplimiento de la normativa señalada por el recurrente en la actuación de la Sra. Margarita supondría un reproche distinto al penal, propio del ámbito civil, administrativo o disciplinario, tal como acordó la sentencia recurrida al acordar, tras absolver a la acusada, deducir el correspondiente testimonio de particulares para su remisión a la Agencia Española de Protección de Datos a los efectos que en derecho proceda.

QUINTO.- El motivo quinto, subsidiario de los motivos 3 y 4, por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim, por error en la valoración de la prueba basado en documentos obrantes en los autos.

Designa como documentos:

1.- Documentos obrantes en los autos visualizados tras acceder al sistema Sagitario (gestión de procesos de IT, folios 169 a 171) aportados con el escrito de acusación, acreditativos de que la Sra. Margarita en los accesos a dicho programa los días 26-2 y 1-3-2019, sí visualizó el resumen de los expedientes de IT anteriores a dichas fechas y ello sin ya importar si le interesó acceder posteriormente más detalladamente a cada uno de ellos.

2.- Declaraciones personales en el plenario: información que contiene el sistema Sagitario y visualización de información al acceder: declaración de la acusada y de la inspectora médica D^a. Matilde.

3.- Documentos obrantes en los autos: accesos al sistema Womi (visor de la historia clínica de Atención Primaria), documental aportada al inicio de las sesiones del juicio oral el 3-11-2020.

- Declaraciones personales en el plenario: información que contiene el sistema Womi y visualización de información al acceder: Declaración del hoy recurrente, de la testigo de todas las partes D^a Delia, y de D^a Matilde, testigo de la defensa y jefa de la acusada, inspectora médica del Área III DIRECCION000.

Por último, propone una nueva redacción del hecho probado, del tenor siguiente:

"Se desconoce el tipo de información que Margarita obtuvo como consecuencia de las consultas informáticas a través de los programas Womi y Sagitario "si bien dichos programas contienen información desde el inicio del acceso a pantallas resumen de sus procesos asis-

tenciales de atención primaria y procesos de IT respectivamente."

5.1.- Es decir, como destaca la parte recurrida, se propone la alteración del relato fáctico, mediante una nueva redacción al hecho probado "añadiendo simplemente, la visualización del contenido de la primera pantalla nada más acceder a dichos programas."

El motivo se desestima.

5.2.- Como hemos dicho en SSTs 450/2017, de 21-6; 423/2020, de 23-7; 114/2021, de 11-2; 917/2022, de 23-11, la vía del art. 849.2 LECrim, se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron. En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el art. 849.2 LECrim. que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era docu-

mental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim. obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10, viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim.;

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Por tanto-se dice en las STS 765/2001 de 19-7- el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el tri-

bunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos, lo que estaría bajo discusión, sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque sus efectos de su estimación fueran distintos.

5.3.- En el caso que nos ocupa, las declaraciones personales no tienen la condición de documentos a efectos casacionales del art. 849.2 LECrim, máxime cuando se pide la revocación de una sentencia absolutoria en todas las instancias en relación a estos concretos accesos, que no se limitaría a revisar la subsunción jurídica de los hechos descritos en el relato fáctico, sino que debería reconsiderar prueba personal y documental, sin la celebración de vista pública y audiencia del acusado.

SEXTO.- Estimándose parcialmente el recurso, procede declarar las costas de oficio (art. 901 LECrim).

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

1º) Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Hernan (acusación particular), contra la sentencia nº 43/2021, de fecha 6 de octubre de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el Rollo de Apelación nº 39/2021.

2º) Se declaran las costas de oficio.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Sala, con devolución de la causa en su día remitida. Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente.
Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
Andrés Palomo Del Arco
Susana Polo García
Leopoldo Puente Segura

RECURSO CASACION núm.: 7165/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.
D. Manuel Marchena Gómez, presidente
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Andrés Palomo Del Arco
D.ª Susana Polo García
D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 1 de febrero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 7165/2021, interpuesto por Hernan (acusación particular), contra la sentencia nº 43/2021, de fecha 6 de octubre de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el Rollo de Apelación nº 39/2021, en causa seguida por delito de descubrimiento y revelación de secretos, y ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha razonado en nuestra primera sentencia, los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de descubrimiento y revelación de secretos tipificado en los arts. 197.2 y 198 CP,

tal como acordó la sentencia dictada en la instancia por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, de fecha 13-5-2021, y en consecuencia procede condenar a Margarita a la pena mínima de 2 años, 6 meses y 1 día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 21 meses con cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, y la inhabilitación absoluta, con el contenido del art. 41 CP, por seis años; y en concepto de responsabilidad civil indemnice a Hernan en 3.000 euros y al pago de las costas judiciales causadas con inclusión de 1/4 de las devengadas por la acusación particular.

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

Manteniendo el resto de los pronunciamientos absolutorios de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 6-10-2021, debemos condenar y condenamos a

Margarita como autora de un delito de descubrimiento y revelación de secretos tipificado en los arts. 197.2 y 198 CP, a la pena de 2 años, 6 meses y 1 día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 21 meses con cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, y la inhabilitación absoluta, con el contenido del art. 41 CP, por seis años; y en concepto de responsabilidad civil indemnice a Hernan en 3.000 euros y al pago de las costas judiciales causadas con inclusión de 1/4 de las devengadas por la acusación particular.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco Susana Polo García Leopoldo Puente Segura.

PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Consentimiento deficiente por no informar riesgo de infección en inseminación artificial

ADS. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estima la reclamación de responsabilidad patrimonial de una paciente por no constar en el consentimiento informado para inseminación artificial (IA) el **riesgo específico de infección del órgano genital**, riesgo que se materializó y desembocó en la extirpación de las trompas de falopio.

La indemnización asignada, de 15.000 euros, se aplica en concepto de "**pérdida de oportunidad** de la paciente de haberse sustraído a la actuación médica si hubiere conocido los riesgos antes de llevarse a efecto, matiz relevante para modular, moderar o mitigar la cuantía indemnizatoria, y es que la relación de causalidad en estos supuestos debe buscarse entre la omisión de la información y esa posibilidad de haber rechazado la intervención médica cuyos riegos se han cristalizado".

La paciente afirma que el consentimiento que firmó antes de someterse a la técnica de inseminación artificial era insuficiente al no informar del riesgo de sufrir una infección de órganos genitales, riesgo que en su caso era más elevado a la vista de la **histerosalpingografía** que le fue realizada.

Las demandadas, la Consejería de Salud de Castilla y León y la compañía de seguros SegurCaixa Adeslas se oponían a la reclamación sosteniendo que la infección es un riesgo excepcional que debe estimarse comprendido en el apartado "**otros riesgos**", lo que no acepta el Tribunal, ya que:

"(...) la complicación sufrida por la recurrente claramente no está bien recogida en el documento de consentimiento informado en el que **ni tan siquiera se especifica la naturaleza de esos otros riesgos de los que advierte y que parece querer abarcar todas las posibles consecuencias con independencia de**

su gravedad y potencialidad. Tampoco consta que más allá del impreso se facilitase a la paciente alguna otra información que completase la que aparece en dicho documento".

Contenido que debe tener el apartado "**otros riesgos**" según sociedades científicas

El Tribunal destaca que en el modelo de consentimiento informado que se pone a disposición de los pacientes en el Hospital Río Hortega no figura de manera específica el riesgo de sufrir una infección del órgano genital (riesgo que queda comprendido en el apartado genérico "otros riesgos") y que este riesgo (aunque se indique que es excepcional y en casos extremos) sí figura en el documento de consentimiento Informado que se ha elaborado por la *Sociedad Española de Fertilidad* y puesto a disposición de los miembros de la *Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia* -en el que en el apartado "Otros riesgos" especifica "Infección del aparato genital de la mujer. En casos extremos, esta complicación puede llegar a comprometer la futura fertilidad de la mujer".

Valoración de la indemnización

Para fijar la indemnización, el Tribunal considera que la intervención era necesaria y que la otra técnica a la que finalmente se sometió la recurrente (fecundación *in vitro*) presentaba el mismo riesgo o mayor de padecer una infección. A los efectos de fijar la indemnización, no le parece irrelevante al Tribunal que la paciente fuera estéril antes de la intervención, pues al ser extirpadas las trompas de Falopio **ya no puede beneficiarse de una inseminación artificial, sino que debe acudir a una técnica de fecundación *in vitro*, "de indudable mayor complejidad"**.

De otro lado, se desestima la reclamación por mala praxis por demora de diagnóstico y de tratamiento de la enfermedad inflamatoria pélvica (EIP), por considerar que debió realizarse por el servicio de ginecología y no por el de medicina interna, y que la práctica de otras pruebas diagnósticas (espéculo y tacto vaginal) hubieran servido para el diagnóstico temprano de la infección evitando la

posterior intervención quirúrgica de extirpación de las trompas de Falopio.

Criterios de responsabilidad patrimonial

Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, la sentencia explica que, aunque legalmente es objetiva, "la jurisprudencia consolidada exige probar el nexo causal entre la actuación médica y el daño, y que este sea antijurídico, es decir, que el paciente no tenga el deber de soportar, debiendo entenderse por daño antijurídico, el producido (cuando) no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la *lex artis ad hoc*".

Lo que es exigible a la Administración sanitaria es una **obligación de medios según el estado de la ciencia**, por lo que la imputación de responsabilidad surge por daños o perjuicios generados por el **funcionamiento normal o anormal** de los servicios de asistencia sanitaria "por el incumplimiento de la *lex artis* o por **defecto, insuficiencia o falta del servicio**".

El **empleo de la técnica correcta**, dice el Tribunal, es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido. La sentencia **no es firme**, ya que cabe recurso ante el Tribunal Supremo.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 320 / Dic. 2023. Daños por error diagnóstico y terapéutico al no realizar analítica de orina en urgencias (físicos, esterilización por extirpación de trompas de Falopio, y morales a una paciente. de 42 años, 40.000 euros. El error diagnóstico por filiar la dolencia de la paciente como infección del tracto urinario (ITU) y no como una inflamación pélvica, por no realizar analítica de orina, y el consiguiente tratamiento farmacológico inadecuado, supone una infracción profesional que se vincula causalmente a las secuelas y daños morales asociados, pues la falta de atención temprana de su patología motivó que tuviera que practicarse una salpinguectomía o extirpación de las trompas de Falopio).

ADS nº 270 / Mayo 2019. Indemnizan no informar del riesgo de infección grave en punción ovárica.

ADS nº 205 / Jun. 2015. Esterilización sin consentimiento durante la intervención de parto

ADS nº 190 / Feb. 2012. Único consentimiento para las distintas fases del tratamiento FIV.

ADS nº 157 / Feb. 2009. FIV / Absolución a ginecólogos, instituto de fertilidad y aseguradora por daño inevitable (TS, 23 de octubre

de 2008.

ADS 147 / Marzo 2008. Ginecología: daño desproporcionado y falta de consentimiento en inseminación intracervical.

ADSnº 147 / marzo 2008, pág. 235. Ginecología: daño desproporcionado y falta de consentimiento en inseminación intracervical.

ADS nº 290 / Marzo. IB Salud / Técnica correcta y consentimiento expreso del riesgo de infección.

Otras referencias de interés

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 715/2013 de 25 Nov. 2013, Rec. 2187/2011 Ponente: Sastre Papiol, Sebastián. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. Póliza colectiva concertada como tomador por un Colegio de Médicos. Demanda formulada por un médico colegiado reclamando a la aseguradora la indemnización que fue condenado a pagar por mala praxis médica en un tratamiento de inseminación artificial, derivada de la falta de obtención del consentimiento informado por escrito de la paciente. Estimación. A favor: ASEGURADO. En contra: ASEGURADORA

STSJ, Contencioso sección 1 del 15 de enero de 2024

(ROJ: STSJ CL 31/2024- ECLI:ES:TSJCL:2024:31)

Id. CENDOJ: 47186330012024100007

Órgano: Tribunal Superior de Justicia.

Sala de lo Contencioso

Sede: Valladolid Sección: 1 Sentencia: 11/2024

Recurso: 1334/2021 Fecha de Resolución: 15/01/2024

Procedimiento: Procedimiento ordinario

Ponente: MARIA DE LA ENCARNACION LUCAS LUCAS

Tipo de Resolución: Sentencia

Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE CASTILLA Y LEÓN

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

VALLADOLID

SENTENCIA: 00011/2024

Procedimiento: ORDINARIO 0001334 /2021

Sobre: RESPONS. PATRIMONIAL DE LA ADMON.

De D./ña. Martina

ABOGADO MARIA VANESA MERINO FERNANDEZ

PROCURADOR D./Dª. CRISTINA

MARIA GOMEZ GARZARAN

Contra D./Dª. CONSEJERIA DE SANIDAD, SEGURCAIXA

ADESLAS, S.A. SEGUROS GENERALES Y REASEGUROS

ABOGADO LETRADO DE LA COMUNIDAD,

TELESFORO JAVIER MORENO ALEMAN
 PROCURADOR D./D^a. ANA ISABEL CAMINO RECIO
 SENTENCIA nº 11

ILMA. SRA. PRESIDENTA:
 DOÑA ANA MARÍA MARTÍNEZ OLALLA

ILMAS/ILMOS. SRAS/SRES. MAGISTRADOS:
 DOÑA ENCARNACIÓN LUCAS LUCAS
 DON LUIS MIGUEL BLANCO DOMÍNGUEZ
 DON FRANCISCO DE ASIS BARRIOS MANRIQUE DE LARA

En VALLADOLID, a quince de enero de dos mil veinticuatro.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, el presente recurso nº 1334/2021 en el que se impugna:

La desestimación por silencio administrativo de la reclamación por responsabilidad patrimonial por deficiente asistencia sanitaria presentada el 15 de noviembre de 2019 por Doña Martina

Son partes en este recurso:

Como recurrente: DOÑA Martina representada por la Procuradora Sra. Gómez Garzarán y asistida por la Letrada Sra. Merino Fernández

Como demandadas: ADMINISTRACION DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE CASTILLA Y LEON-CONSEJERIA DE SANIDAD- representada y asistida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos y

La entidad SEGURCAIXA ADESLAS S.A., SEGUROS GENERALES Y REASEGUROS representada por la Procuradora Sra. Camino Recio y asistida por el Letrado Sr. Moreno Alemán

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Encarnación Lucas Lucas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto y admitido a trámite el presente recurso, y una vez recibido el expediente administrativo, la parte recurrente dedujo demanda en la que, con base en los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, solicitó de este Tribunal que se dicte

sentencia por la que " Declare la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la incorrecta asistencia sanitaria adecuada a las circunstancias de post-operatorio y sus acreditadas consecuencias.

- Condene a dicha Administración al pago de la cantidad de CIENTO VEINTITRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO (123.435) EUROS en que han quedado cuantificados los daños ocasionados a mi mandante así como a los intereses legales correspondientes.

- Condene en costas a la Administración."

SEGUNDO.- En el escrito de contestación la Administración demandada con base en los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, solicitó de este Tribunal que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso. La Compañía de seguros, SEGURCAIXA ADESLAS S.A, también se opuso a la demanda solicitando su desestimación.

TERCERO.- Recibido el recurso a prueba y practicadas las pertinentes propuestas, fueron presentadas las conclusiones por las partes y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de día para votación y fallo lo que se ha llevado a cabo el día 10 de enero de 2024.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso y postura de las partes.

Se plantea en el presente recurso jurisdiccional la impugnación de la desestimación por silencio administrativo de la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada ante la Consejería de Sanidad, con fecha 15 de noviembre de 2019, por la asistencia sanitaria prestada a doña Martina.

La recurrente en su demanda, tras exponer los hechos acontecidos desde el día 25 de octubre de 2018 en que fue sometida a una técnica de inseminación artificial (IA), mantiene que concurre todos los requisitos para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria.

Concretamente, y con apoyo en el informe pericial realizado a su instancia por D. Vicente, Doctor en Me-

dicina, Especialista en Valoración del Daño Corporal, sostiene que la enfermedad inflamatoria pélvica (EIP) que padeció y que derivó en la extirpación de las trompas de Falopio fue diagnosticada y consiguientemente tratada con retraso. Este retraso fue debido a la ausente exploración ginecológica e insuficiente exploración general llevada a cabo en el Hospital Río Hortega de Valladolid cuando acudió al servicio de urgencias los días 30 de octubre y 1 de noviembre de 2018. Una adecuada asistencia esos días habría dado lugar a un diagnóstico correcto de la enfermedad y a un tratamiento precoz de la misma que hubiera evitado la posterior cirugía y el resto de secuelas que padece.

A ello añade que previamente a la práctica del proceso de inseminación artificial (IA) no fue informada del riesgo de padecer una infección del aparato genital que pudiera comprometer su futura fertilidad, riesgo inherente a la intervención y que en su caso, además, a la vista del resultado de la prueba de valoración tubárica se encontraba agravado.

Indica que como consecuencia de esta defectuosa asistencia sanitaria ha sufrido diversos daños que cuantifica en CIENTO VEINTITRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO (123.435) EUROS desglosados en: 5.516,06 € por lesiones temporales (97 días de incapacidad y una intervención quirúrgica); 82.123,36 € por secuelas (Pérdida de las trompas de Falopio y cicatrices); 15.075,09 € por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas; 20.000 euros por gastos de asistencia sanitaria futura y 721,19 euros por lesión temporal derivada del reposo de 24 horas tras la posterior intervención.

Frente a dicha demanda se ha opuesto la Administración demanda y la Cía. de seguros.

Por la Administración se opone que no existió un retraso en el diagnóstico de la enfermedad inflamatoria pélvica (EIP) que padecía la recurrente ya que en los primeros días que acudió a urgencias estaba ausente su principal síntoma-dolor abdominal- y, en todo caso, se instaura desde su ingreso hospitalario antibioterapia intravenosa de amplio espectro por lo que aunque se hubiese interpretado la primera ecografía como absceso tubo ovárico no se hubiese cambiado la actitud terapéutica-previamente a la opción quirúrgica siempre ha de indicarse una aptitud conservadora con tratamiento antibiótico-.

En cuanto al consentimiento informado sostiene que no puede considerarse defectuoso ya que el riesgo de

sufrir una infección del aparato genital tras la técnica de inseminación artificial es un riesgo excepcional (los registros de los años 2014 a 2017 reflejan un porcentaje de infección por ciclo entre el 0.00 y el 0.01%).

La entidad Segurcaixa Adeslas S.A. también se ha opuesto a la demanda sosteniendo que no ha existido vulneración de la lex artis en el proceso asistencial de la recurrente; la técnica de inseminación artificial conyugal (IAC) estaba indicada y se realizó correctamente no existiendo indicación de antibioterapia previa al procedimiento al no existir factores de riesgo en la paciente. En la primera asistencia en urgencias -30 de octubre- no presentaba ningún signo de patología ginecológica por lo que no estaban indicadas más pruebas diagnósticas que las realizadas. El segundo día la paciente tampoco presentaba criterios ni sintomatología de infección ginecológica pero al sospecharse de sepsis sin foco claro se acordó su ingreso hospitalario bajo cobertura antibiótica de amplio espectro. No fue hasta el 2 de noviembre cuando la paciente presentó síntomas de sepsis de origen ginecológico modificándose el fármaco antibiótico, tratamiento que, aun así, no fue eficaz y siendo necesario realizar una intervención quirúrgica de extirpación de las trompas de Falopio. En cuanto al consentimiento firmado por la paciente previo a la IA es apropiado y completo informando de los riesgos más frecuentes y graves y dejando aquellos considerados como excepcionales (como la EIP) en el apartado "otros riesgos". Finalmente impugna la cuantía solicitada en concepto de indemnización.

SEGUNDO.- Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración. Responsabilidad sanitaria.

En cuanto a la responsabilidad de las administraciones públicas, hay que resaltar que con arreglo al 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, en la actualidad, con arreglo artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, 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, añade el apartado 2, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

El indicado precepto constituye el trasunto legislativo

de la previsión contenida al respecto en el artículo 106.2 de la Constitución Española y configura el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que tiene como presupuestos o requisitos, conforme a una reiterada jurisprudencia, los siguientes: a) Que el particular sufra una lesión de sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; b) Que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; c) Que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y d) Que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor (por todas, STS, Sala 3ª, de 10 de octubre de 1998, 14 de abril de 1999 y 7 de febrero de 2006).

Para que sea antijurídico el daño ocasionado a uno o varios particulares por el funcionamiento del servicio basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. En este caso no existirá deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable. Finalmente es requisito esencial para exigir dicha responsabilidad el que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea esta consecuencia de un caso de fuerza mayor (por todas, STS, Sala 3ª, de 10 de octubre de 1998, 14 de abril de 1999 y 7 de febrero de 2006).

Por eso, en aplicación de la remisión normativa establecida en el artículo 60.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa debe tenerse en cuenta que rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo 1214 del Código Civil, que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho así como los principios consecuentes que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios y los hechos negativos.

Así, este Tribunal ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de

1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998), todo ello sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (Sentencias Tribunal Supremo (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras).

TERCERO.- En concreto, en lo que hace a la responsabilidad derivada de asistencia sanitaria, la jurisprudencia ha matizado la aplicación del instituto en dicho ámbito poniendo de manifiesto al respecto, la STS, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2005, recurso de casación 6595/2001, en su FJ 4º, que:

"...como este Tribunal Supremo tiene dicho en jurisprudencia consolidada-y que, por lo reiterada, excusa la cita- el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes, al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar", debiendo entenderse por daño antijurídico, el producido (cuando) no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la *lex artis ad hoc*".

En consecuencia lo que resulta exigible a la Administración Sanitaria "... es la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en este tipo de responsabilidad es una indebida aplicación de medios para la obtención de resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente" (STS Sección 6ª Sala C-A, de 7 marzo 2007).

En la mayoría de las ocasiones, la naturaleza jurídica de la obligación de los profesionales de la medicina no es la de obtener en todo caso la recuperación de la

salud del enfermo, obligación del resultado, sino una obligación de medios, es decir, se obligan no a curar al enfermo, sino únicamente a dispensarle las atenciones requeridas, según el estado de la ciencia (SSTs de 4 de febrero y 10 de julio de 2002 y de 10 de abril de 2003).

En definitiva, el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios de asistencia sanitaria no consiste sólo en la actividad generadora del riesgo, sino que radica singularmente en el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo, que puede producirse por el incumplimiento de la *lex artis* o por defecto, insuficiencia o falta del servicio.

A lo anterior hay que añadir que no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido evitar o prever según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento que se producen aquéllos, de suerte que si la técnica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, el daño producido no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que el paciente tiene el deber de soportar y ello aunque existiera un nexo causal.

En la asistencia sanitaria el empleo de la técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si a pesar de ello causó el daño o más bien pudiera obedecer a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente.

CUARTO.- La responsabilidad que aquí se está tratando es de carácter objetivo o por el daño, con abstracción hecha, por lo tanto, de la idea de culpa. Basta que este se haya producido y que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público, en los términos que se acaban de indicar, para que surja el deber de indemnizar.

Lo anterior, sin embargo, no significa, que no haya que probar la concurrencia en cada caso concreto de los citados requisitos. Por eso en aplicación de la remisión normativa establecida en el artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, debe de tenerse en cuenta que rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo 1214 de Código Civil, que atribuye la carga de la prueba a aquél

que sostiene el hecho así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios y los hechos negativos.

Así, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998), todo ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (Sentencias Tribunal Supremo (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras).

Resulta que cuando, para apreciar algún punto de hecho de relevancia para resolver el proceso, sean necesarios o convenientes conocimientos especiales, se establece, como cauce adecuado para hacerlos llegar al mismo, el de la prueba pericial, aunque se ha de señalar que los informes periciales no acreditan por sí mismos y de una forma irrefutable una determinada valoración y apreciación técnica de los hechos o datos aportados al proceso, sino que expresan el juicio o convicción de los peritos con arreglo a los antecedentes que se les han facilitado, sin que necesariamente prevalezcan sobre otros medios de prueba, ya que 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 los medios probatorios traídos al proceso, pero es claro que la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside en gran medida en la cualificación técnica de los peritos, en su independencia o lejanía respecto a los intereses de las partes y en la fundamentación y coherencia interna de sus informes.

Las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales medicas pues se está ante una cuestión eminentemente técnica y como este Tribunal ca-

rece de conocimientos técnicos-médicos necesarios debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos. En estos casos los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado.

QUINTO.- Hechos que resultan de las actuaciones y de los que partimos para la resolución de la controversia.

.-El día 25 de octubre de 2018, tras la realización de los estudios pertinentes, la Sra. Martina fue sometida a una técnica de reproducción asistida por inseminación artificial conyugal (IAC).

.- El día 30 de octubre, cinco días después de la IAC, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Río Hortega de Valladolid refiriendo fiebre de hasta 39º y malestar general de 72 horas de evolución.

Se realizó una analítica, cuyos resultados fueron leucocitosis (20000) y aumento de PCR (264), administrándose Paracetamol.

Se solicitó interconsulta con el Servicio de Ginecología, anotándose: "Paciente de 35 años, refiere alza térmica desde hace 3 días, acompañado de malestar general. No metrorragia ni otros síntomas sugestivos de hiperestimulación ovárica o alguna otra patología relacionada con la inseminación o con otra causa Ginecológica urgente".

Se remitió al Servicio de Urgencias Generales para continuar valoración del proceso y con el diagnóstico de cuadro febril de corta evolución fue dada de alta con la indicación de acudir a urgencias para nueva analítica el día 2 de noviembre de 2018.

.- El día 1 de noviembre de 2018 la paciente acudió de nuevo al Servicio de Urgencias por mareo y pérdida de conocimiento, así como sangrado vaginal, vómito hemático y moco.

A su llegada fue valorada por el servicio de ginecología realizándose ecografía transvaginal (ETV) no objetivándose causa ginecológica, por lo que es remitida al servicio de urgencias.

En urgencias se completa estudio analítico que se muestra con perfil de sepsis, se realiza ecografía abdominal que muestra ambos ovarios aumentados de tamaño con múltiples imágenes de aspecto quístico en

su interior, la mayor parte en el ovario derecho de hasta 7 cm, mínima lamina de líquido a nivel pélvico y resto sin hallazgos significativos, especuloscopia en la que se aprecian restos hemáticos en vagina, sangrado mínimo activo procedente de cavidad y radiografía de tórax (ante anamnesis de tos con vomito mezclado con restos hemáticos y poca probabilidad de embarazo), resultando normal. Se anota, a las 00.10 horas del día 2 de noviembre que a la exploración física se constata leve molestia a la palpación de hipogastrio, si bien el abdomen estaba blando y depresible sin signos de peritonismo. Se habla de nuevo con ginecología, que no consideraron preciso el manejo por su parte, y se realizó interconsulta con UVI que no encontró criterios de ingreso en dicha unidad

Con el diagnóstico de síndrome febril sin foco aclarado se inicia tratamiento antibiótico de amplio espectro e ingresa en el hospital en el servicio de medicina Interna.

.- El día 2 de noviembre de 2018, estando ya ingresada en Medicina Interna, es valorada de nuevo por ginecología y se realiza ecografía (abdominal y transvaginal). Se anota que no hay dolor al movilizar el cuello uterino. El útero esta normal, el ovario derecho aumentado con imágenes anecoicas (4cm la mayor), y el ovario izquierdo alcanza 5 cm*3cm. No se observa líquido libre en el fondo de saco de Douglas. Se realiza la toma de exudado vaginal que posteriormente resultara positivo a Escherichia coli. Se establece como juicio clínico: Sepsis de origen ginecológico, en situación estable, sin signos de fallo orgánico, ni criterios de alarma, se sustituye la pauta antibiótica y se anota: Valorar como complicación de la IA.

.- El 3 de noviembre es valorada de nuevo mediante ecografía, en ECO TV se observan imágenes compatibles con abscesos tubáricos bilaterales de 7 cm y en TAC abdomino-pélvico con contraste se confirman los hallazgos sugestivos de Enfermedad Inflamatoria Pélvica (EPI) y se programa intervención quirúrgica urgente que se inicia como laparoscopia exploradora con posible salpingectomía bilateral por EPI. Tras encontrar absceso tubo ovárico bilateral, adheridos ambas trompas a fondo de saco de Douglas y asas intestinales dificultando la visualización de la anatomía.

Se realiza salpinguectomía con Ligasure pero el sangrado profuso impide continuar vía laparoscópica. 2º tiempo laparotomía tipo Pfannestiel. Apertura de pared por planos. Hemoperitoneo moderado. Limpieza de cavidad. Puntos hemostáticos en ambos infundíbulos y

restos de ovario. Se respetan ambos ovarios pese a sangrado difuso procedente de despegamiento. Se coloca Fluoseal (x2) en Douglas. Drenaje Jackson- Pratt. Cierre de fascia. Cierre de piel con grapas."

.-Se trató con antibioterapia durante ocho días más siendo la evolución posterior favorable, aunque precisó seguimiento por neumología por un pinzamiento pleural derecho con relación a mínimo derrame pleural postoperatorio, siendo dada de alta hospitalaria el 15 de noviembre de 2018 con controles en consulta.

SEXTO.- Sobre la base de estos hechos la actora reclama alegando que el diagnóstico y tratamiento de la EIP pudo ser más precoz, una asistencia sanitaria prestada por el Servicio de Ginecología, y no por el de Medicina Interna, y la práctica de otras pruebas diagnósticas (especulo y tacto vaginal) hubieran servido para el diagnóstico temprano de la infección evitando la posterior intervención quirúrgica de extirpación de las trompas de Falopio.

Por el contrario las demandadas sostienen que la asistencia sanitaria fue correcta la EIP se sospecha por síntomas diagnósticos que son muy comunes en otro tipo de patologías, como son la fiebre y el dolor abdominal y, además, en el caso concreto la presentación que tuvo la paciente fue atípica. Las pruebas diagnósticas que se efectuaron fueron acordes a la sintomatología de la paciente.

El día 30 de octubre no consta en ningún momento dolor abdominal y tampoco el día 1 de noviembre consta dolor abdominal y dolor pélvico de modo que la primera manifestación de molestias pélvicas aparece anotada en la historia clínica en la madrugada del día 2 de noviembre, donde consta que la paciente empieza a tener molestias pélvicas, se realizan 2 ecografías abdominales, 2 ecografías transvaginales se diagnostica la enfermedad y se comienza su tratamiento aunque ya con anterioridad se había instaurado antibiótico intravenoso.

Como ya hemos expuesto más arriba en procedimientos de esta naturaleza-Infracción de la Lex-Artis- la respuesta de la Sala a las pretensiones de los actores lleva aparejado el estudio y valoración de los informes médicos, tanto de los obrantes en el expediente, como de los acompañados por las partes junto con sus escritos de demanda o contestación, o de los practicados en sede judicial. Debiendo recordar que el valor de la prueba pericial reside en la capacidad de los razonamientos y datos técnicos aportados por el Perito para

convencer al Tribunal en los términos del art. 348 de LEC.

En el supuesto de autos la actora basa su demanda en sostener que, tal y como concluye el informe realizado por Dr. Vicente, especialista en Valoración del Daño Corporal, se ha producido un retraso en el diagnóstico y consiguiente instauración del tratamiento antibiótico que requería la infección ginecológica que padecía.

Esta conclusión no es compartida por Dra. María Teresa, especialista en Ginecología y Obstetricia en el informe pericial que ha realizado a instancia de la compañía aseguradora.

Junto a ello obra en el expediente administrativo el Informe realizado por la Inspectora Medica del Servicio Regional de Salud de Castilla y León -también desfavorable a la tesis de la recurrente- y los informes realizados a raíz de la reclamación de la actora por los diversos servicios sanitarios intervinientes.

Y de la valoración conjunta de todos ellos podemos extraer dos conclusiones iniciales para el análisis de los hechos enjuiciados. Por un lado que el riesgo de sufrir una enfermedad inflamatoria pélvica tras la técnica de inseminación artificial es excepcional y por otro que el principal síntoma de esta enfermedad es el dolor pélvico.

Y partiendo de estas premisas consideramos que en la asistencia prestada el día 30 de octubre de 2019 no cabe apreciar infracción de la lex artis.

Ese día la actora acude a urgencias por fiebre y malestar general, se realiza analítica cuyos resultados relevantes fueron leucocitosis (20000) y aumento de PCR (264)-que no son criterios diagnósticos de sepsis-, y se consulta con el servicio de ginecología que ante la ausencia de metrorragia u otro síntoma sugestivo de hiperestimulación ovárica o alguna otra patología relacionada con la inseminación considera que no es preciso el seguimiento por dicho servicio, por lo que en urgencias se diagnostica cuadro febril y se cita para nueva analítica el día 2.

El principal síntoma de la EIP -y en eso están de acuerdo todos los informantes- es el dolor pélvico que suele localizarse en el abdomen inferior -en este caso no consta este síntoma en esta primera asistencia- y uno de los principales riesgos de la inseminación es el síndrome de hiperestimulación ovárica siendo la infección un riesgo excepcional, por lo que es coherente y

lógico que el servicio de ginecología se centrara en este padecimiento.

En este punto es de destacar que el informe elaborado por la inspección médica indica que pudo existir una insuficiencia asistencial en algunas de las consultas de ginecología afirmación que consideramos carece de relevancia alguna ya que la propia inspección descarta que la insuficiencia tuviera incidencia en el proceso asistencial de la recurrente y está basada (tal y como se indica en el informe) en la versión dada por la propia paciente.

Por ello concluimos que ante la sintomatología que presentaba la paciente no eran precisas más pruebas diagnósticas tal y como concluye en su informe la Dra. María Teresa. La insuficiencia destacada por el perito de la actora-falta de exploración ginecológica con tacto vaginal bimanual, ecográfica, cultivo de flujo vaginal- no se explica en atención, primero, a los síntomas que en dicho momento tenía la paciente y en los que, reiteramos, estaba ausente el dolor abdominal, y, segundo, en atención a las posibles complicaciones que pudieran haberse derivado de la IA.

En cuanto a la asistencia prestada el día 1 de noviembre tampoco cabe apreciar insuficiencia asistencial alguna. La actora fue vista, a su llegada a urgencias, por el servicio de ginecología del Hospital y fue realizada una ecografía transvaginal de la que no resulto síntoma de alarma alguno.

La ecografía transvaginal, según informa la Jefa de Sección del Servicio de Ginecología y Obstetricia-folio 21 del e.a.-, la inspectora medica-folio 59 e.a.- y la Doctora María Teresa, aporta una información equivalente al tacto bimanual que echa en falta el perito Sr. Vicente .

En este punto, a pesar de la formación solvente de ambos peritos intervinientes en autos, debemos dar mayor relevancia al informe de la Dra. María Teresa-especialista en Ginecología- que descarta que esta prueba -tacto manual- hubiera arrojado resultado valorativo alguno ante la ausencia del principal síntoma de la EIP de dolor abdominal.

Según la historia clínica a la llegada de la paciente a urgencias el día 1 de noviembre presentaba restos hemáticos en vagina sin flujo maloliente acompañante (lo que hubiera un signo de infección-informe pericial ampliatorio de la Doctora Sra. María Teresa-) y no consta la presencia de dolor abdominal (a la exploración la paciente presentaba abdomen blando y depresible sin sig-

nos de peritonismo); el dolor abdominal aparece, por primera vez, en la madrugada del día 2 de noviembre y en ese momento es cuando se realiza la toma de exudado vaginal que posteriormente resultara positivo a *Escherichia coli*.

La excepcionalidad del riesgo de sufrir una infección de los órganos reproductores de la mujer por someterse a una técnica de inseminación artificial junto con la ausencia del principal síntoma de esta enfermedad justifica la actuación sanitaria seguida en el supuesto presente en el que, a pesar de ello, el servicio de ginecología fue consultado en todas las ocasiones que la actora acudió a urgencias.

Junto a ello debemos destacar que el tratamiento inicial de la EIP es el antibiótico -en este punto son acordes todos los informes periciales- y este fue instaurado al momento del ingreso de la paciente en medicina interna el día 1 de noviembre, es decir con anterioridad al diagnóstico de la enfermedad pélvica por lo que tampoco cabe apreciar el retraso denunciado.

Por todo lo expuesto concluimos que no cabe apreciar la existencia de una insuficiente asistencia sanitaria prestada a la actora los días previos al diagnóstico de la infección de los órganos reproductores.

SEPTIMO.- Segundo título de imputación. Insuficiencia del consentimiento informado firmado para la práctica de la Inseminación Artificial (IA).

Sostiene la recurrente en su demanda que el consentimiento que firmo previamente a someterse a la técnica de inseminación artificial era insuficiente al no informar del riesgo de sufrir una infección de órganos genitales, riesgo que en su caso era más elevado a la vista del resultado de la histerosalpingografía que le fue realizada.

Frente a ello la Administración demandada y la CIA de seguros se han opuesto sosteniendo que se trata de un riesgo excepcional que debe estimarse comprendido en el apartado "otros riesgos".

El artículo 2 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 recoge los principios básicos y dice en su apartado 2:

"Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los

pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley."

Y añade el apartado 3: "El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles"

En el mismo sentido el artículo 8 de esa misma Ley dice: "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".

En el ámbito de la Comunidad de Castilla y León, el Título III de la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud se ocupa de la "Protección de los derechos relativos a la información y participación".

Bajo esa rubrica general, el artículo 17.2 dice: "La información, con el fin de ayudar a cada persona a tomar decisiones sobre su propia salud, será veraz, razonable y suficiente, estará referida al diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, y comprenderá la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de cada intervención".

De manera singular el artículo 28.2 de la citada Ley 8/2003 dispone: "Sobre la base de la adecuada información a la que se refiere el Título III de la presente Ley, el respeto a las decisiones adoptadas sobre la propia salud lleva aparejado el favorecimiento y estricta observación de los derechos relativos a la libertad para elegir de forma autónoma entre las distintas opciones que presente el profesional responsable, para negarse a recibir un procedimiento de diagnóstico, pronóstico o terapéutico, así como para poder en todo momento revocar una anterior decisión sobre la propia salud".

El artículo 34 de la Ley 8/2003 especifica el contenido del consentimiento informado, y entre otros aspectos se refiere al siguiente: "Identificación y descripción del procedimiento, finalidad, naturaleza, alternativas existentes, contraindicaciones, consecuencias relevantes o de importancia que deriven con seguridad de su realización y de su no realización, riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente y riesgos probables en condiciones normales conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o di-

rectamente relacionados con el tipo de intervención". En el caso que nos ocupar, en primer lugar, debemos descartar que la recurrente tuviera más riesgo que el común o habitual de sufrir una infección del aparato genital tras la técnica de inseminación artificial.

En efecto tal y como consta al folio 32 del e. a. el resultado de la histerosalpingografía fue normal no siendo demostrativa de padecimiento o complicación alguna.

En la demanda se expone que el resultado positivo de esta prueba implicaba un aumento del riesgo de sufrir infección -que no se hizo constar en el consentimiento- sin embargo esta manifestación no está acreditada. En el informe pericial realizado a su instancia no se alude a un resultado patológico de esta prueba y en el informe de la Sra. María Teresa se indica que lo que consta es la normalidad de los resultados; en el mismo sentido el informe de la inspección sanitaria.

En segundo lugar es indiscutible -pues así consta en el documento aportado- que en el modelo de consentimiento informado que se pone a disposición de los pacientes en el Hospital Río Hortega no figura de manera específica el riesgo de sufrir una infección del órgano genital (riesgo que queda comprendido en el apartado genérico "otros riesgos") y que este riesgo (aunque se indique que es excepcional y en casos extremos) sí figura en el documento de Consentimiento Informado que se ha elaborado por la Sociedad Española de Fertilidad y puesto a disposición de los miembros de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia -en el que en el apartado "Otros riesgos" especifica "Infección del aparato genital de la mujer. En casos extremos, esta complicación puede llegar a comprometer la futura fertilidad de la mujer"-.

Esta disparidad es explicada por la Jefa la Unidad de reproducción asistida del Hospital por el carácter excepcional del riesgo indicando que la decisión de su no inclusión fue tomada tras la revisión de los registros de actividad publicados por la SEF en inseminación artificial en los últimos años y que reflejan un porcentaje de infección por ciclo de entre el 0,00 y el 0,01% (registros de los años 2014 al 2017).

Sobre este particular significamos que aunque no es exigible a los profesionales de la medicina la información de todos y cada uno de los eventuales o potenciales riesgos e infinitas complicaciones que del acto médico puedan derivarse, en cualquier caso debemos entender exigible la obligación de informar sobre com-

plicaciones posiblemente graves, como la que aquí nos ocupa-infección del aparato genital que puede derivar en su extirpación comprometiendo la futura fertilidad de la mujer- por más que se trate de un riesgo atípico por infrecuente; dicha información complementaria pudo y debió proporcionarse a la paciente para que pudiera ser más consciente de la potencial gravedad.

La complicación sufrida por la recurrente claramente no está bien recogida en el documento de consentimiento informado en el que ni tan siquiera se especifica la naturaleza de esos "otros riesgos" de los que advierte y que parece querer abarcar todas las posibles consecuencias con independencia de su gravedad y potencialidad.

Tampoco consta que más allá del impreso se facilitase a la paciente alguna otra información que completase la que aparece en dicho documento.

Y a estos efectos nos parece irrelevante el que la actora fuera estéril pues de producirse esta complicación -como de hecho ocurrió- ya no podía acudir a una posterior inseminación artificial sino que para lograr un embarazo era preciso acudir a una técnica de fecundación "in vitro" de indudable mayor complejidad.

Por lo tanto, el recurso debe estimarse en este punto al considerar que la información que se le facilitó fue insuficiente.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2021, recurso 3935/2019 (ECLI:ES:TS:2021:550) fija como doctrina que la falta de consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis*, que revela una manifestación anormal del servicio sanitario.

Dicha sentencia recuerda que así ha venido declarándolo el Tribunal Supremo en numerosas sentencias y cita la sentencia de 29 de junio de 2010 (rec. 4637/2008), según la cual, "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".

La falta de consentimiento informado constituye pues un daño que debe ser indemnizado. La citada Sentencia

de 4 de febrero de 2021 a propósito de esta cuestión dice : ""En cuanto a la determinación de la indemnización, conviene señalar que tal infracción de la *lex artis* tiene autonomía propia, en cuanto incide sobre el derecho del paciente a decidir, libremente y con la información adecuada, sobre su sometimiento a la actuación sanitaria, privándole de la oportunidad de optar por el sometimiento o no a la intervención y, en su caso, aquella modalidad que entienda asumible, lo que puede traducirse en una lesión de carácter moral, al margen y con independencia del daño que pueda resultar de la infracción de la *lex artis* en la realización del acto médico. En este sentido, la sentencia de 2 de enero de 2012 (rec. 6710/2010) se refiere a la Jurisprudencia ya consolidada "relativa a la naturaleza autónoma y, por tanto, relevante por sí misma, de la infracción del derecho del paciente a conocer y entender los riesgos que asume y las alternativas que tiene a la intervención o tratamiento. Podemos citar la reciente sentencia de esta Sala y Sección de dos de noviembre de dos mil once, recurso de casación 3833/2009 , en la que se reitera esta Jurisprudencia:

"b) Que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente (a tener por cierta en el caso de autos ante la duda no despejada sobre el cabal cumplimiento de aquella obligación) constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la "*lex artis ad hoc*", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2002 , 26 de febrero de 2004 , 14 de diciembre de 2005 , 23 de febrero y 10 de octubre de 2007 , 1 de febrero y 19 de junio de 2008 , 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo , 19 y 25 de mayo y 4 de octubre de 2011).""

En el mismo sentido, la ya citada sentencia de 29 de junio de 2010 señala que "esta Sala viene admitiendo (por todas Sentencia 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008 , con cita de otras anteriores, reiterada en la de 25 de marzo de 2010, recurso de casa-

ción 3944/2008) que en determinadas circunstancias la antedicha infracción produce a quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir.

También reitera esta Sala que esa reparación dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo, atendiendo a las circunstancias concurrentes."".

En definitiva en estos supuestos lo que en realidad se indemniza es la pérdida de la oportunidad del paciente de haberse sustraído a la actuación médica si hubiere conocido los riesgos antes de llevarse a efecto, matiz relevante para modular, moderar o mitigar la cuantía indemnizatoria, y es que la relación de causalidad en estos supuestos debe buscarse entre la omisión de la información y esa posibilidad de haber rechazado la intervención médica cuyos riegos se han cristalizado.

Teniendo en cuenta lo expuesto, debemos fijar la indemnización correspondiente valorando que, respetando el derecho de la recurrente a decidir libremente sobre el tratamiento a seguir, lo cierto es que la técnica de inseminación a la que se sometió era la necesaria para el fin pretendido desconociéndose alternativa similar carente de estos riesgos y que aquella a la que finalmente se sometió la recurrente (fecundación in vitro) presentaba el mismo riesgo o mayor de padecer una infección.

A la vista de tales circunstancias consideramos que la recurrente debe ser indemnizada en la cantidad de 15.000 euros.

OCTAVO.- De conformidad con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no procede hacer expresa declaración en materia de costas procesales al ser la demanda estimada parcialmente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimar parcialmente la demanda formulada por DOÑA Martina representada por la Procuradora Sra. Gómez Garzarán contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación por responsabilidad patrimonial por defectuosa asistencia sanitaria presentada el 15 de noviembre de 2019, resolución que se anula por su disconformidad con el ordenamiento jurídico, condenando a la Administración demandada a que abone a la recurrente la indemnización ya actualizada a esta fecha de 15.000 euros sin efectuar especial pronunciamiento en materia de costas procesales.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe interponer recurso de casación en los términos expuestos en el artículo 86 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que se preparará ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución.

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

AUDIENCIA DE VALENCIA

El abandono de tratamiento por el paciente exime de responsabilidad al odontólogo

ADS. La Audiencia Provincial de Valencia confirma la desestimación de la demanda de una paciente contra un odontólogo y la clínica dental donde desempeña su actividad con motivo de una intervención que considera estética que obligaría al resultado al consistir en la colocación de carillas estéticas en la arcada superior.

La paciente padece bruxismo, y en pacientes bruxistas la ausencia de tratamiento durante uno o dos años daña las carillas, al desprenderse y romperse, según informan las periciales.

Aunque se trata de una intervención no curativa, el Juzgador de instancia interpretó que estamos ante una obligación de medios y no de resultado, no garantizándose éste, y sin que resulte causal la acción de los demandados y la necesidad de colocación de nuevas carillas, máxime cuando fue la actora la que abandonó voluntariamente el tratamiento.

La demandante afirma que el tratamiento no fue el adecuado al ser las carillas implantadas defectuosas, presentar poros y distinta tonalidad, cayéndose algunas entre diciembre de 2017 y junio de 2018, lo que provocó en la actora problemas de ansiedad que exigieron asistencia psiquiátrica, que, una vez superados, le hicieron acudir a la Clínica Calatayud el 7 de mayo de 2019, que le propuso la sustitución de las carillas por otras, por lo que reclama el importe de tal cambio.

Desde luego, dice la sentencia, el facultativo se obliga a ejecutar el acto médico conforme a la lex artis y la infracción de tal deber lleva a reparar el daño causado.

Resultó acreditado con la testifical de médicos que atendieron en la paciente y con la pericial practicadas que una correcta oclusión exige el uso de fér-

rula de descarga para evitar el cizallamiento durante la noche, aunque el paciente no esté aquejado de bruxismo, pero que en pacientes bruxistas la ausencia de tratamiento durante uno o dos años daña las carillas, al desprenderse y romperse. Según la sentencia, la demandante abandonó el tratamiento en distintos espacios temporales. Considera que es "irrelevante al resultado la diferente coloración de alguna de las carillas o la falta de simetría en la vestibular palatina, pues es la falta de terminación del tratamiento (ya en las instalaciones de la demandada, ya en las de un tercero) mediante la colocación de carillas en la mordida inferior la causa de que no se alcanzara una buena oclusión, y la ausencia de protección con férula de descarga y la falta de revisiones periódicas de la rotura de las carillas instaladas en la mordida superior.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 321 / eNERO 2023. 'Mala praxis dental', novedad editorial del Dr. Corpas Pastor.

ADS nº 264 / Nov. 2018. Odontología: no se condena omitir consentimiento en acto de bajo riesgo.

ADS nº 229 / Sept. 2015. El tratamiento odontológico con implantes osteointegrados obliga al resultado.

ADS nº 216 / Jun. 2014. Prisión para titular de clínica odontológica y odontólogo por mala praxis en ortodoncia.

ADS nº 208 / Oct. 2013. ODONTOLOGÍA / La intervención curativa-estética refuerza la obligación de resultado.

ADS nº 236 / Abril 2016. ODONTOLOGÍA / Delito de intrusismo por ejercer con título sin homologar.

ADS nº 277 / Enero 2020. La nueva regulación de la atención dental infantil en Andalucía. Propuesta de 'lege ferenda' (II). Luis Corpas Pastor. Doctor en Odontología. Ldo. en Derecho.

SAP, Civil sección 8 del 07 de diciembre de 2023 (ROJ: SAP V 3348/2023- ECLI:ES:APV:2023:3348)

Id. CENDOJ: 46250370082023100436

Órgano: Audiencia Provincial Sede: Valencia

Sección: 8 Sentencia: 487/2023 Recurso: 799/2022

Fecha de Resolución: 07/12/2023

Procedimiento: Recurso de apelación

Ponente: SUSANA CATALAN MUEDRA

Tipo de Resolución: Sentencia

Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA

En la ciudad de VALENCIA, a siete de diciembre de dos mil veintitrés. Vistos por mí, Susana Catalán Muedra, Magistrado de la Sección Octava de esta audiencia

Provincial, constituida en Tribunal unipersonal, el presente Rollo dimanante de los autos de Juicio verbal, promovidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Onteniente, con el nº 000493/2021, por Dª. Candida representada por el Procurador D. JOSEP FERRAN ALBERT GARCIA y dirigida por el Letrado D. JOSÉ MARTÍNEZ MARRAHÍ, contra D. Ambrosio, representado por la Procuradora Dª. Mª. VIRTUDES MATAIX FERRE y dirigido por la Letrada Dª. Mª. DE LOS ANGELES BARRANCO MUÑOZ y contra CLARIANO DENTAL, S.L., representado por el Procurador D. RAUL VICENTE BEZJA, y dirigido por el Letrado D. RICARDO PEREZ GARRIGUES pendientes ante la misma en virtud del recurso de apelación interpuesto por Dª Candida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia, apelada pronunciada por el Sr. Juez de 1ª Instancia nº 2 de Onteniente, en fecha 20 de Mayo de 2022, contiene el siguiente: "FALLO: DESESTIMO INTEGRAMENTE la demanda formulada por el/la Procurador/a de los Tribunales D. Josep Ferrán Albert García en nombre y representación de DOÑA Candida contra CLARIANO DENTAL, S.L. Y DON Ambrosio y ABSUELVO a los demandados de las pretensiones ejercitadas contra ellos, con imposición de costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Contra la misma, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por Dª Candida, que fue admitido en ambos efectos, habiéndose formulado oposición por las partes personadas y, remitidos los autos a esta Audiencia donde se tramitó la alzada, señalándose para la resolución del recurso de Apelación el 30 de Octubre de 2023

TERCERO.- Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia recurrida, en cuanto sean conformes con los siguientes:

PRIMERO.- La Sentencia dictada, tras rechazar la prescripción de la acción opuesta por el odontólogo que sometió a tratamiento a la parte actora, consistente en colocación de carillas estéticas en la arcada superior de la actora, rechaza la demanda deducida contra él y contra la Clínica para que éste desarrolle su labor profesional. Y la desestima el Juzgador al entender que nos

hallamos ante una relación medios y no de resultado, no garantizándose éste, y sin que resulte la relación causa-efecto entre la acción de los demandados y la necesidad de colocación de nuevas carillas, máxime cuando fue la actora la que abandonó voluntariamente el tratamiento.

Y frente a dicha Sentencia se alza la demandante interponiendo recurso de apelación sosteniendo ante esta alzada, en síntesis, que la relación que vincula a las partes no es de arrendamiento de servicios, sino de obra, obligándose, por tanto, la demandada a la obtención de un resultado, cual es la correcta colocación de carillas dentales o porcelánicas o estéticas, hallándonos ante medicina estética, satisfactiva o voluntaria, que implica el alcance del resultado querido y rigiendo, además, la inversión de la carga de la prueba, y ello por cuanto el Tribunal Supremo ha incluido la odontología dentro del ámbito de la medicina satisfactiva; que la actora acudió a la demandada con el fin de mejorar su estética, proponiéndosele el tratamiento consistente en la inserción de carillas de porcelana, colocación que una vez ejecutada no resultó adecuada, siendo, además, las carillas implantadas defectuosas, al presentar poros y distinta tonalidad, cayéndose diversas carillas entre diciembre de 2017 y junio de 2018; que resultó acreditado con la prueba pericial practicada que las carillas al tiempo de ser observadas por un segundo especialista presentaban porosidad y distinta tonalidad, así como asimetría, problemas que no tienen relación con el posible bruxismo, lo que provocó en la actora problemas de ansiedad que exigieron asistencia psiquiátrica, que, una vez superados, le hicieron acudir a la Clínica Calatayud el 7 de mayo de 2019 que le propuso la sustitución de las carillas por otras, por lo que reclama su importe.

Y en trámite de oposición al recurso de apelación, el demandado don Ambrosio impugna la Sentencia dictada en cuanto desestima la prescripción opuesta por el dicho demandado, sosteniendo ante esta instancia que la relación jurídica que a las partes vincula es extracontractual al no vincular a las partes relación contractual alguna, por lo que la acción prescribe por el transcurso de un año.

SEGUNDO.- Y procede la Sala a la resolución de los motivos de recurso que esgrime la apelante ante esta alzada, conforme a lo establecido en el artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y doctrina que lo interpreta, que lo es en el sentido de que el tribunal de apelación no puede resolver otras cuestiones que aquéllas que le han sido trasladadas, pues en virtud del principio

"tantum devolutum quantum appellatum" (sólo se refiere al Tribunal superior aquello que se apela), sólo puede conocer esta Sala de la pretensión fijada en los escritos de interposición del recurso y sostenidos en el acto de la vista (artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), configurándose definitivamente el ámbito de la pretensión, pues con la formulación del recurso de apelación se traslada al Tribunal de segunda instancia el conocimiento de las cuestiones expresamente planteadas en el recurso y también el de aquéllas que, razonablemente, han de entenderse implícitas en la pretensión del recurso de apelación, por ser cuestiones dependientes o subordinadas respecto al objeto de impugnación, de tal modo que los pronunciamientos de la Sentencia de primera instancia a los que expresamente no se extiende la pretensión impugnativa deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia so pena de incurrir en una "reformatio in peius" (reforma para peor) que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia "extra petita" (más allá de lo pedido).

TERCERO.- Y, a efectos sistemáticos, se resuelve en primer lugar sobre la oportunidad de la excepción de prescripción opuesta, por los efectos obstativos que su viabilidad comportaría a una resolución sobre el fondo de la cuestión debatida. Y para estimarla. Dispone el artículo 1.089 del Código civil que las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Y el artículo 1.101 del propio Código, que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor literal de aquélla. Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 1.254, el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, bien entendido que el artículo 1.257 consagra el principio de relatividad contractual, al consignar que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos. Y en concreto, para el vínculo contractual invocado por la demandante, el artículo 1.544 preceptúa que en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto. Y resultó acreditado con la documental aportada por el actor que la actora contrató con la mercantil demandada "Clariano Dental, S.L." el tratamiento odontológico cuya anómala ejecución se sostiene como causa de la indemnización de los

daños y perjuicios ocasionados y es a dicha Mercantil a la que se obliga a abonar el precio pactado, precio que, efectivamente abonó. Y aun cuando para cumplir con su obligación la Mercantil designara a determinado odontólogo, el también demandado don Ambrosio, ello no convierte la relación jurídica que se establece entre éste y la actora en contractual. Y así debió entenderlo la propia demandante por cuanto el 7 de mayo de 2018, tras recibir la oportuna información por parte de su doctor, Ambrosio, decide "interrumpir voluntariamente el tratamiento de carillas en la clínica (...) resolviéndose desde este momento la relación profesional con la clínica". En consecuencia, no vinculando a la actora con el odontólogo demandado contrato alguno, procede declarar que nos hallamos ante una relación extracontractual, por lo que la responsabilidad que se le exige es de tal índole y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.968 del tantas veces invocado Código, la acción para hacerla efectiva queda sometida al plazo de prescripción de un año. Y considerando que el 7 de mayo de 2019 conoció la entidad del daño, conforme a la documental aportada al acto de la Audiencia previa, procede declarar que el día en que se presenta la demanda (7 de junio de 2021), la acción ha fenecido por el transcurso del tiempo fijado por la Ley, por lo que procede confirmar el pronunciamiento desestimatorio de la demanda contra el codemandado don Ambrosio afecta, si bien sin entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión debatida, al estimar prescrita la acción contra él ejercitada.

CUARTO.- Y, entrando a resolver sobre el fondo de la cuestión debatida en cuanto a la Mercantil demandada afecta, alega la actora que la relación que les vincula no es de arrendamiento de servicios, sino de obra, por lo que se obligó la demandada a la obtención de un resultado, cual es mejorar la estética de la demandante mediante la correcta colocación de carillas dentales, porcelánicas o estéticas, hallándonos ante medicina estética, satisfactiva o voluntaria, que implica el alcance del resultado querido y rigiendo, además, la inversión de la carga de la prueba, y ello por cuanto el Tribunal Supremo ha incluido la odontología dentro del ámbito de la medicina satisfactiva.

Y procede desestimar el motivo de recurso relativo a la naturaleza de la convención que a las partes vincula. El Tribunal Supremo tiene reiterado que la primera cuestión jurídica a precisar es la de si nos hallamos en presencia de un contrato que impone sólo obligaciones mediales o, por el contrario, ante una relación contractual que reclama un resultado concreto, para lo que hay que hacer hincapié en la distinción entre la naturaleza

de las obligaciones que comporta la actuación médica o médico-quirúrgica cuando se trata de curar o mejorar a un paciente, y la de aquella otra en la que se acude al profesional para obtener, en condiciones de normalidad de salud, algún resultado que voluntariamente se quiere conseguir. Y, en orden al primer aspecto, y a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, se ha considerado como un arrendamiento de servicios y no de obra, en razón a que, tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica--insuficientes para la curación de determinadas enfermedades-- y, finalmente, la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (lo que hace que aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros), impide reputar el aludido contrato como de arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado--el de la curación del paciente-- que, en muchos casos, ni puede, ni podrá nunca alcanzarse, dada la aludida naturaleza mortal del hombre, entendiendo que por tratarse de un arrendamiento de servicios, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios.

Obligación de medios que resumidamente comprende: la utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica, de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con el enfermo concreto, así como la información en cuanto sea posible al paciente o familiares del mismo del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de operaciones quirúrgicas, y la continuidad del tratamiento hasta el alta y los riesgos de su abandono.

Ahora bien, en aquellos supuestos en que, por el contrario, no nos hallemos ante medicina curativa, sino meramente voluntaria, si bien la relación contractual no pierde el carácter de arrendamiento de servicios, es decir, no deja de imponer al médico una obligación de medios, se aproxima abiertamente a un contrato de arrendamiento de obra, puesto que le exige una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, pues el paciente acude al facultativo para la obtención de una determinada finalidad, lo que, si bien no convierte--como se ha expuesto-- la obligación medial en obligación de resultado, éste adquiere preponderancia hasta el punto de actuar como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional. Representación del resultado que ha llevado en el ám-

bito de la cirugía a distinguir entre la cirugía asistencial y la cirugía satisfactiva, identificada la primera como la "locatio operarum" y la segunda como la "locatio operis". Y ello de tal modo que la obligación del facultativo, que, como se ha reiterado, sigue siendo de medios, hace recaer sobre aquél no sólo la utilización de los medios idóneos a tal fin y que estén a su disposición en el lugar en que se produce el tratamiento, de modo que la actuación del médico se rija por la denominada "lex artis ad hoc", es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y transcendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de factores endógenos, para calificar o no el acto conforme a la técnica normal requerida. Sino también y con más fuerza que en el supuesto de la cirugía asistencial, el deber de informar al cliente tanto del posible riesgo que la intervención quirúrgica acarree, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención. Y tal deber de información del facultativo consiste en poner en conocimiento del paciente el diagnóstico de su enfermedad o lesión, el pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, y los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, tal circunstancia, de modo que, en su caso, pueda el paciente o sus familiares optar por el tratamiento del mismo en un centro médico más adecuado.

Y tal derecho y correlativo deber de información permite que el paciente pueda escoger con libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto (incluyendo la posibilidad de no someterse a ningún tratamiento ni intervención), no constituye un mero formalismo, sino que encuentra su fundamento y apoyo en la Constitución española, en la exaltación de la dignidad de la persona y en su libertad, de modo que la consecuencia del incumplimiento de tal obligación de informar se traduce en la de indemnizar los daños y perjuicios causados. Y tal deber de información habrá de cumplirse utilizando términos comprensibles y adecuados en atención al receptor de la misma y tanto en los supuestos de medicina estrictamente curativa como satisfactiva, si bien en este último supuesto implica algo más, cual es la advertencia más precisa y detallada de los riesgos de la intervención y de las posibilidades de

éxito y de fracaso. Y la omisión del deber de información en los términos dichos implica la transgresión de la "lex artis ad hoc", al privar al paciente de la autodisposición de su cuerpo para poder decidir, con conocimientos suficientes, someterse o no al acto médico.

Y, en concreto, y en el ámbito del tratamiento Odontológico, el Alto Tribunal, en su sentencia 330/2015, de 17 de junio, tiene declarado:

"1.- El consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la lex artis y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 de mayo; 23 de julio de 2003; 21 de diciembre 2005; 15 de noviembre 2006; 7 de mayo de 2014), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. La información es más acusada en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesariedad o falta de premura de la misma, que en la asistencial (SSTS 21 de octubre de 2005; 4 de octubre 2006; 29 de junio 2007; 27 de septiembre 2010; 20 de enero 2011).

2. Dice la sentencia de 20 de noviembre de 2009, y reiteran las de 3 de marzo de 2010, 19 de julio 2013 y 7 de mayo de 2014, que "La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple re-

sultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la lex artis , cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS 12 de marzo 2008 ; 30 de junio 2009)".

3.- Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 23 de mayo de 2007, 19 de julio 2013 y 7 de mayo de 2014)".

Y en el supuesto que se trae a conocimiento de esta Sala, la actora no se dirigió a la demandada con una patología o alteración de la salud previa, sino en busca de una mejora estética. En consecuencia, sin perjuicio de que el tratamiento fuera funcionalmente aconsejable-así resuelta de la pericial y testifical practicadas-para conseguir una oclusión adecuada, es lo cierto que se conviene la ejecución de un tratamiento consistente en la colocación de carillas en las piezas anteriores tanto de la arcada superior como de la inferior, comenzando el mismo por la superior, por lo que el acto médico ejecutado ha de ser calificado como satisfactivo y no curativo, sin olvidar, como se ha expuesto, que en todo caso la obligación que asume la demandada lo es de medios y no de resultados. En consecuencia, procede la desestimación del motivo de recurso tendente a la conceptualización del contrato que a las partes vincula como de arrendamiento de obra, al no resultar acreditado que se garantizara el resultado, excepción hecha de las prótesis que quedaba subordinada al fin del tratamiento, lo que no aconteció en el presente supuesto al interrumpirse el tratamiento a instancias de la actora.

QUINTO.- Y alega la demandante que el tratamiento no fue el adecuado al ser las carillas implantadas defectuosas, al presentar poros y distinta tonalidad, cayéndose diversas carillas entre diciembre de 2017 y junio de 2018; que resultó acreditado con la prueba pericial practicada que las carillas al tiempo de ser observadas por un segundo especialista presentaban porosidad y

distinta tonalidad, así como asimetría, problemas que no tienen relación con el posible bruxismo, lo que provocó en la actora problemas de ansiedad que exigieron asistencia psiquiátrica, que, una vez superados, le hicieron acudir a la Clínica Calatayud el 7 de mayo de 2019 que le propuso la sustitución de las carillas por otras, por lo que reclama el importe de tal cambio.

Desde luego, el facultativo se obliga a ejecutar el acto médico conforme a la *lex artis* y la infracción de tal deber lleva a reparar el daño causado. Ahora bien, como tiene declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia 1065/2007, de 4 de octubre: "entrando a examinar la necesaria concurrencia, en supuestos de responsabilidad sanitaria, del nexo causal entre el daño causado y la actuación (activa o pasiva) de los facultativos médicos demandados, señala la Sentencia de 26 de julio de 2006 que "sea cual fuere el criterio seguido para atribuir la responsabilidad, ya el de naturaleza subjetiva, ya el basado en la doctrina del daño desproporcionado -que, según recuerda la Sentencia de 15 de febrero de 2006, no conduce "per se" a la objetivización de la responsabilidad, sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño-, ya, en fin, el de carácter objetivo derivado de la aplicación de leyes especiales, en todo caso es preciso que se de un enlace causal entre el daño y la actuación del demandado que opera como ineludible presupuesto para que pueda declararse la responsabilidad de éste, por más que su rigor se atenúe por la aplicación de aquellos criterios que se han utilizado como alternativos para atribuir la responsabilidad en este campo, incluso por el de la atribución al paciente de la valoración de la relación de causalidad, que le permitiría demostrar que si el médico hubiera actuado de manera distinta de aquella en que lo hizo no se hubiera producido el resultado dañoso- Sentencia de 17 de noviembre de 2004-; de modo que cuando falta ese nexo causal no puede declararse la responsabilidad".

Sobre la relación de causalidad y su prueba tiene declarado esta Sala-Sentencia de 18 de junio de 2006, con cita de la de 25 de septiembre de 2003- que "corresponde la carga de la base fáctica (del nexo causal) y por ende las consecuencias desfavorables de su falta al demandante" y que "en todo caso es preciso que se pruebe la existencia de nexo causal, correspondiendo la prueba al perjudicado que ejercita la acción"- Sentencia de 6 de noviembre de 2001-.

Dispone además la Sentencia de 30 de octubre de 2002 que "siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa

o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse"; por su parte, establece la Sentencia de 27 de diciembre de 2002 que "como ya ha declarado con anterioridad esta Sala la necesidad de la cumplida demostración del nexo referido, que haga patente la culpabilidad del agente en la producción del daño-que es lo que determina su obligación de repararlo- no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba, soluciones que responde a la interpretación actual de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil en determinados supuestos".

La causalidad, como recoge la Sentencia de 26 de julio de 2006, "es una causalidad física o material, antes que jurídica, cuya determinación constituye una "questio facti""

Y en el presente supuesto, no resulta acreditada la relación causal entre la acción de la Mercantil demandada y el resultado dañoso, cual es la necesidad de dispensar el tratamiento que le fue ofertado el 7 de mayo de 2019 a la actora por la Clínica Dental Dra. Virginia y, más tarde, objeto de un nuevo presupuesto el 10 de mayo de 2020. La hoy demandante, aquejada de bruxismo, convino con la Mercantil demandada el tratamiento mediante carillas de porcelana que afectaba tanto a la arcada superior como a la inferior, incluida la protección mediante férula de descarga, comenzando el tratamiento el 10 de octubre de 2017 mediante un curetaje, raspado y alisado, e iniciándose sobre la superior mediante colocación de las carillas estéticas en las piezas 14 a 24 el 20 de diciembre de 2017, cayendo dos piezas que le fueron sustituidas, respectivamente los días 3 de enero y 3 de marzo de 2018, proyectando, interim, el 2 de febrero del 2018 la colocación de las carillas inferiores, no verificándose tal colocación al abandonar por propia decisión la actora el tratamiento, resolviendo el contrato el 7 de mayo de 2018, cambiándole con posterioridad en junio de 2018 la carilla 24 y ofreciéndole el cambio de las 21 y 22 en octubre del propio año (así resulta del historial clínico de la actora y de la pericial practicada). Ahora bien, no será sino hasta mayo de 2019 que se somete a control, ahora ya por la Clínica de la Dra. Virginia, observándosele fractura de la carilla 21, poro en la del 13 y cambio de color en la 23 y falta de simetría, si bien no se sometió a tratamiento alguno en la nueva Clínica hasta el 9 de julio de 2020. Y resultó acreditado con la testifical de los médicos que le atendieron en ésta y con la pericial practicadas que una correcta oclusión exige el uso de férula de descarga para

evitar el cizallamiento durante la noche, aunque el paciente no esté aquejado de bruxismo, pero que **en pacientes bruxistas la ausencia de tratamiento durante uno o dos años daña las carillas, al desprenderse y romperse.**

SEXTO.- En consecuencia y resultando acreditada la ruptura del nexo causal entre la acción de la Mercantil demandada y el resultado dañoso producido, procede la confirmación de la Sentencia dictada que desestima la demanda contra la Mercantil, al resultar irrelevante al resultado la diferente coloración de alguna de las carillas o la falta de simetría en la vestibulopalatina, pues es la falta de terminación del tratamiento (ya en las instalaciones de la demandada, ya en las de un tercero) mediante la colocación de carillas en la mordida inferior la causa de que no se alcanzara una buena oclusión, y la ausencia de protección con férula de descarga y la falta de revisiones periódicas de la rotura de las carillas instaladas en la mordida superior.

SEPTIMO.- Por todo ello, procede la íntegra confirmación de la Sentencia dictada y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la imposición al apelante de las costas de esta alzada, excepción hecha de las de la impugnación, respecto de las que no se hace especial declaración.

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

FALLO

1º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Josep Ferran Albert García, en nombre y representación de doña Candida, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número dos de Ontinyent el día 20 de mayo de 2022 en el Juicio verbal 493/2021.

2º) Estimar la impugnación que de dicha resolución dedujo la Procuradora de los Tribunales doña María Virtudes Mataix Ferre, en la representación que ostenta de don Ambrosio.

2º) Confirmar los pronunciamientos de la Sentencia dictada.

3º) E imponer al apelante las costas de esta alzada, excepción hecha de las de la impugnación, respecto de las que no se hace especial declaración.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen, para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo.

La presente resolución, dictada por esta Sala como órgano unipersonal, es firme y contra la misma no cabe interponer recurso alguno (art. 477 LEC en su redacción dada por RD- Ley 5/2023 de 28 de junio).

Así por esta sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronuncio, mando y firmo.

CONTINGENCIAS COMUNES

Limitado al 60% el reintegro del gasto farmacéutico a mutuas por IT que pasa a ser común

ADS. La reciente sentencia del Tribunal Supremo *TS 316/2024, del 24 de enero*, se pronuncia sobre los límites de reintegro de gastos médicos en relación con la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y con la Orden que fija precios públicos de los servicios sanitarios prestados por centros dependientes del Sistema Sanitario Público de Andalucía. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia *TS 313/2024*, fechada el mismo día, por lo que se consolida la doctrina al respecto.

Estas sentencias estiman el recurso del letrado del Servicio Andaluz de Salud (SAS) para la unificación de doctrina y declaran que el reintegro de gastos médico farmacéuticos a la mutua *Fremap* por el SAS tiene el límite del 60 por ciento. Las sentencias se refieren al supuesto de gastos de una incapacidad temporal (IT) calificada primero como accidente laboral y después como contingencia común.

En la sentencia *TS 316/2024*, el Supremo revoca la sentencia del Juzgado que estimó la demanda de *Fremap* frente al SAS que declaró la responsabilidad del SAS para que reintegrara la totalidad de los gastos de asistencia sanitaria anticipados por la mutua, condenando a que se abonara a la mutua 5.084,78 euros, con los intereses legales correspondientes.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si los *gastos farmacéuticos derivados de un proceso de incapacidad temporal inicialmente calificado como derivado de accidente de trabajo* y abonados por la Mutua colaboradora se deben reintegrar en su totalidad por el Servicio Público Sanitario (en este caso al Servicio Andaluz de Salud) o *quedan topados por el límite cuantitativo legalmente establecido para este último, tras quedar modificada la contingencia y ser declarada por la entidad gestora como común*. La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social nº 4 de Almería, estimó la demanda promo-

vida por la mutua reconociendo su derecho a ser resarcida por el importe íntegro de los gastos de asistencia por ella dispensados, pues le corresponde una *restitutio in integrum* de los mismos. Este criterio del Juzgado fue confirmado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía por entender que la mutua había asumido el 100 % del coste de los medicamentos de los trabajadores protegidos.

Sentencia de contraste

Pero otra sentencia de este mismo Tribunal, aportada de contraste, considera que los gastos han de ser asumidos en un 40% por el beneficiario, por lo que el derecho de reintegro de la mutua queda limitado al 60% restante, por aplicación del *Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización*.

La Mutua alega que asumió el gasto farmacéutico de trabajadores de manera íntegra al no preverse para los casos de accidente de trabajo mecanismo de copago alguno a cargo del beneficiario.

El Supremo declara que el tope en el reintegro o resarcimiento se ubica en la norma estatal para el *supuesto de contingencia por enfermedad* cuyos gastos causados fueran a cargo del Servicio de Salud de una Comunidad Autónoma, "en este concreto caso el 60% a que se refiere el punto tercero del Anexo I".

De otro lado, el art. 6.3 del *Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal*, proclama el derecho al reintegro por las prestaciones no solo económicas sino también asistenciales que ha asumido la mutua, aunque no de manera ilimitada, sino hasta la cuantía que corresponda a dichas prestaciones en consideración a su carácter común. Recordemos que *ese mismo precepto establece que un cambio en la calificación de la contingencia, cuando ambas fueran protegidas por la misma mutua, acarrea las correspondientes compensaciones en sus cuentas*.

"Esa específica previsión-dice el Supremo- sería absolutamente innecesaria de no existir un umbral máximo o límite en las prestaciones de asistencia sanitaria correspondientes a contingencias de naturaleza común". El alto Tribunal acude a la sentencia TS 978/2022, de 20 de diciembre, para reiterar su doctrina.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 320 / Dic. 2023. La aseguradora carga con el coste de pacientes Covid que deriva al sistema público.

ADS nº 318 / Oct. 2023. Obligan al Servicio Murciano de Salud a financiar fármaco especial para enfermedad rara.

ADS nº 313 / Abril 2023. Deniegan reintegro de fármaco comprado sin receta antes de su financiación pública (Xarelto, paciente aquejado de fibrilación auricular).

ADS nº 311 / Feb. 2023. Reembolso de autovacuna bacteriana para infección reincidente de tracto urinario.

ADS nº 301 / Marzo 2022. Reintegro de gastos a Servicio Extremeño de Salud por asistencia a desplazado.

ADS nº 299 / Enero 2022. Reintegro de gastos por tratamiento de hormona del crecimiento en centro ajeno.

ADS nº 295 / Sept. 2021. Reintegro de gastos por implantación de estimulador cerebral en Clínica de Navarra.

ADS nº 270 / Mayo 2019. Reintegro de gastos en clínica oftalmológica líder por desprendimiento de retina.

ADS nº 269 / Abril 2019. Reintegro de gastos en la privada a paciente con seguro privado y público.

ADS nº 244 / Enero 2017. Reembolso de gastos en QUIRÓN por demora asistencial en el SERGAS.

ADS nº 240 / Sept. 2016. Reembolso de gastos en clínicas privadas por denegación de asistencia.

ADS nº 224 / Marzo 2015. Sofosbuvir y el Derecho a la Salud. Iñigo Barreda. Director de ADS.

STS, Social sección 1 del 24 de enero de 2024

(ROJ: STS 316/2024 - ECLI:ES:TS:2024:316)

Id. CENDOJ: 28079140012024100075

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid Sección: 1 Sentencia: 98/2024

Recurso: 755/2022 Fecha de Resolución: 24/01/2024

Procedimiento: Auto de aclaración

Letrado de la Administración

de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Tipo de Resolución: Sentencia

Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO / Sala de lo Social
Sentencia núm. 98/2024

Excmos. Sres. y Excm. Sra.
D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer
D. Sebastián Moralo Gallego
D.ª María Luz García Paredes

En Madrid, a 24 de enero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración Sanitaria, actuando en representación del Servicio Andaluz de Salud (SAS), contra la sentencia dictada el 21 de octubre de 2021 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Andalucía, sede Granada, en el recurso de suplicación núm. 1026/2021 formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Almería de fecha 8 de marzo de 2021 autos núm. 1679/2018, que resolvió la demanda en materia de Seguridad Social interpuesta por FREMAP MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL Nº 61 frente al Servicio Andaluz de Salud (SAS).

Ha comparecido como parte recurrida la Mutua FREMAP asistida y representada por el Letrado Don Francisco Rueda Pérez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de marzo de 2021 el Juzgado de lo Social núm. 4 de Almería dictó sentencia, en autos 1679/2018 sobre seguridad social en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"1º.- La Mutua actora Fremap ha dispensado asistencia sanitaria por importe total de 1.876,64 euros a la trabajadora doña Begoña y de 3.208,14 euros al trabajador don Armando, en virtud de procedimientos de incapacidad temporal posteriormente declarados de carácter común por resolución del INSS que declaró responsable del coste de asistencia sanitaria al SAS (Documental de Fremap)

2º.- Interpuesta reclamación previa, la misma fue desestimada."

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Que estimando la demanda interpuesta por Mutua Fremap frente a SAS, debo declarar y declaro la responsabilidad del SAS en orden al reintegro de gastos de asistencia sanitaria anticipados por la Mutua Fremap actora, condenándole a abonar a la actora la suma de 5.084,78 euros, con los intereses legales correspondientes."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el SAS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, la cual dictó sentencia en recurso de suplicación 1026/2021, de fecha 21 de octubre de 2021, en la que consta el siguiente fallo:

"Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por SERVICIO ANDALUZ DE SALUD DE LA CONSEJERIA DE SALUD contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Almería, en fecha 8 de Marzo de 2021, en Autos núm. 1679/18, seguidos a instancia de FREMAP MUTUA DE ACCIDENTES, en reclamación de MATERIAS SEGURIDAD SOCIAL, contra SERVICIO ANDALUZ DE SALUD DE LA CONSEJERIA DE SALUD, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida. No se realiza condena en costas por el presente recurso."

TERCERO.- El Letrado de la Administración Sanitaria, actuando en representación del Servicio Andaluz de Salud (SAS) formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación, construyendo un único motivo de recurso en el que se somete a la Sala la determinación de los límites cuantitativos de la obligación de reintegro que pesa sobre la ahora recurrente, alegando en primer término como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla de 29 de octubre de 2020 (RSU. 1807/2019); así como la de Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla de 26 de noviembre de 2020 (RSU. 2177/2019).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

El 3 de mayo de 2023 las partes recurridas formalizaron escrito de impugnación interesando la desestimación del recurso. El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debía ser procedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día de 24 de enero de 2024, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el primer motivo del presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar si los gastos farmacéuticos derivados de un proceso de incapacidad temporal inicialmente calificado como derivado de accidente de trabajo y abonados por la Mutua colaboradora recurrente se deben reintegrar en su totalidad por el Servicio Público Sanitario (en este caso al Servicio Andaluz de Salud) o quedan topados por el límite cuantitativo legalmente establecido para este último, tras quedar modificada la contingencia y ser declarada por la entidad gestora como común.

2.- La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social núm. 4 de Almería, estimó la demanda entablada por la Mutua reconociendo su derecho a ser resarcida por el importe íntegro de los gastos de asistencia por ella dispensados, pues le corresponde una restitutio in integrum de los mismos.

Dicha sentencia fue confirmada por la aquí recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, en recurso de suplicación 1026/2021, de fecha 21 de octubre de 2021 que, en lo que ahora nos ocupa, razonaba que la Mutua procedió a asumir el gasto farmacéutico precisado por los trabajadores de manera íntegra al no preverse para los casos de accidente de trabajo mecanismo de copago alguno a cargo del beneficiario; de este modo no resultaba admisible que, modificada la naturaleza de la contingencia de la que se derivaría una asunción por parte de éste del 40% del precio de venta al público de tales medicamentos, la entidad colaboradora viera limitado su derecho de reintegro al 60% restante, en tanto en cuanto que ab initio asumió el 100% del coste.

SEGUNDO.- 1.- Respecto del primer punto de contradicción (relativo al límite hasta el que alcanza la obligación de reintegro del SAS de conformidad con lo dispuesto en el RD1430/09) se trae de constaste la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla de 29 de octubre de 2020 (RSU.1807/2019).

En ella la Sala territorial aborda la reclamación de reintegro de gastos médicos derivados de un proceso de incapacidad temporal calificado inicialmente como derivado de accidente de trabajo y más tarde como común. La Sala concluye que los gastos farmacéuticos derivados de contingencias comunes, de conformidad con lo dispuesto en el RD 1030/2006, han de ser asu-

midos en un 40% por el beneficiario, por lo que el derecho de reintegro de la mutua queda limitado al 60% restante.

2.- Como ha señalado esta Sala de manera reiterada (por todas, STS 697/2023 de 3 de octubre, recud.57/2022) el artículo 219.1 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo.

Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

Como regla general, la contradicción no podrá apreciarse cuando las pretensiones formuladas en los correspondientes procesos que han dado lugar a las sentencias comparadas se fundan en normas distintas, porque en estos casos no cabe apreciar la identidad de las controversias, ya que se produce una diferencia relevante en el elemento jurídico de la pretensión, que no puede salvarse a través de meras semejanzas de redacción; y es así, porque la interpretación de las normas y, en particular la de los convenios colectivos, no puede limitarse a la consideración literal de un precepto aislado, sino que tiene que ponderar otros elementos en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, la realidad social de su aplicación o, en su caso, la actuación de los negociadores en el convenio colectivo. En definitiva, la contradicción no puede apreciarse cuando las normas aplicables en los supuestos decididos sean diferentes, salvo los excepcionales en los que se acredite la plena identidad de las regulaciones.

3.- Concorre la contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS. En efecto, en relación con los hechos, en las dos sentencias se trata de reclamaciones de gastos médicos dirigidas por mutuas colaboradoras de la Seguridad Social frente al Sistema Público de Salud, persiguiendo el reintegro de los gastos farmacéuticos asumidos como consecuencia de sendos procesos de incapacidad temporal inicialmente calificada como derivada de accidente de trabajo, y más tarde declarado de naturaleza común; y mientras que la sentencia recurrida reconoce un derecho de reembolso pleno, la de contraste lo limita a un 60% del gasto total.

TERCERO.- 1.- La cuestión que aquí hay que resolver ya fue examinada por esta Sala en su STS 978/2022, de 20 de diciembre, Rcd.3640/2019 a cuya doctrina habrá de estarse por elementales razones de seguridad jurídica y porque no existen razones para cambiarla.

2.- En dicha resolución vinimos a recordar que la Sala ya había tenido ocasión de pronunciarse sobre cuestiones anejas a la ahora planteada. Así, en STS 366/2022, de 26 de abril, Rcd.2040/2019, se enjuició un supuesto de demanda deducida por la Mutua Fremap interesando al SAS el reintegro de gastos, al considerar que la asistencia sanitaria prestada no había tenido origen en accidente de trabajo. En cuanto al fondo de la cuestión debatida, sigue el criterio de la STS de Pleno 794/2019, de 20 de noviembre, Rcd. 3255/2018, aunque entonces la asistencia se había otorgado antes de la calificación de la contingencia, deduciéndose de las pruebas el origen común y no profesional de las dolencias. Concluía que los gastos de la asistencia sanitaria por Fremap debían ser satisfechos por el SAS (doctrina reiterada en STS 467/2022, de 24 de mayo, Rcd.1138/2019).

La fundamentación de la primera de las resoluciones identificadas aseveraba la indiscutible competencia del INSS en la determinación y calificación de la contingencia de la que deriva el hecho causante que puede dar lugar a la asistencia sanitaria. Así se infiere del art. 57 del TRLGSS-94 (actual art. 66 del vigente texto LGSS) y lo dispone expresamente el art. 1 del RD 2583/1996, de 13 de diciembre, ratificándolo la Sala en repetidas ocasiones (por todas, STS de 18 de diciembre de 2007, Rcd.3793/2006). En los supuestos analizados no se aborda un problema de determinación de contingencia (no esbozado en ningún momento del expediente administrativo ni a lo largo del proceso), sino que se trataba de una prestación sanitaria inicial proporcionada por la Mutua ante una petición de asistencia de un beneficiario, en la que prima facie no podía descartarse

su carácter profesional. Recuerda también que la Mutua reclama los gastos de la primera asistencia que comprenden elementales pruebas diagnósticas.

Referíamos, por otra parte, la obligación que se cierne sobre la Mutua de la debida asistencia sanitaria inicial al trabajador por una dolencia que ha aparecido de manera súbita, dado que del art. 12 del RD 1993/95 de 7 de diciembre se infiere que los servicios sanitarios de las Mutuas, en cuanto que se hallan destinados a la cobertura de prestaciones incluidas en la acción protectora de la Seguridad Social, están integrados en el Sistema Nacional de Salud. "El trabajador, por su parte, acudió correctamente, en función de la dolencia que creía padecer, a un centro asistencial de la Mutua que pertenece al Servicio Nacional de Salud, sin que en ningún caso pueda afirmarse que acudió voluntariamente a un centro privado sin que se tratase de una urgencia vital.

Estamos, por tanto, en presencia de una intervención de la Mutua-asistencia sanitaria a beneficiario del sistema público de salud y asegurado a la misma- que, sin dudas, debió prestarse y en la que no era lógico, ni adecuado, exigir a la mencionada entidad que se abstuviera de prestar la asistencia requerida hasta que el INSS no hubiera certificado la contingencia. Visto el relato de hechos probados, era coherente que pudiera tratarse de una contingencia profesional y la entidad colaboradora, en ese margen, actuó otorgando y gestionando la asistencia solicitada. El hecho de que de las pruebas diagnósticas practicadas se infiriese el origen común de las contingencias (asumida por el INSS mediante la emisión de la oportuna baja médica y prestación de asistencia sanitaria posterior) revela, sin duda, que los gastos de la inicial atención sanitaria prestada por la demandante, deban ser satisfechos por el SAS que es la entidad encargada de la prestación sanitaria en cuestión.

Todo ello no cuestiona la exclusiva titularidad del INSS en la determinación de la contingencia, al punto de que, si la hubiera calificado de profesional, la reclamación no tendría sustento alguno, al contrario de lo ocurrido, en el que la solicitud de reintegro se encuentra totalmente fundada." Con anterioridad, en STS 23.11.2004, Rcd.5558/2003, la Sala había indicado que hay una norma que establece la obligación de pago -incluso de anticipación del pago- por la Mutua, cual es el art. 126 LGSS, y que la prestación de asistencia sanitaria se había realizado en todos sus términos dentro del marco del Sistema de la Seguridad Social y del Sistema Nacional de la Salud. Esos elementos se ponían

en conexión con la previsión normativa del art. 1158, párrafo segundo, del Código Civil "-en la medida en que la anticipación en el pago evidencia en este caso el hecho del pago por otro, que prevé dicho precepto-fundamenta suficientemente la estimación del recurso, de conformidad, por otra parte, con el informe del Ministerio Fiscal." En línea similar, nuestra STS de 20.07.2007, rcud. 2026/2006, que concluía el derecho al resarcimiento postulado por la mutua.

3.- El punto de partida será, en consecuencia, que los gastos de asistencia sanitaria de los que en un primer momento se hizo cargo la Mutua, una vez que se acreditó el origen común de las dolencias del beneficiario, habrán de ser satisfechos por la entidad encargada de la prestación de dicha asistencia sanitaria.

En el actual litigio no se cuestiona, por tanto, la facultad en sí misma a reclamar del servicio autonómico de salud correspondiente el importe de los gastos médicos sufragados en concepto de asistencia sanitaria; el derecho de repetición de la Mutua no resulta debatido, sino si la cantidad que le debe ser abonada está sometida o no al límite cuantitativo fijado por las normas que rigen la contratación de los servicios sanitarios.

El sistema de la Seguridad Social dispensa la protección pública contemplada en el art. 41 de la CE mediante entidades con naturaleza de Derecho Público dotadas de capacidad jurídica, pero también a través de entidades privadas a las que el Estado autoriza para auxiliar en el ejercicio de determinadas funciones del sector administrativo, como son las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.

Su colaboración en la gestión se desarrolla en el marco de varias prestaciones, entre otras (art. 80.2.a) LGSS) la gestión de las prestaciones económicas y de la asistencia sanitaria, incluida la rehabilitación, comprendidas en la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como de las actividades de prevención de las mismas contingencias que dispensa la acción protectora. Las obligaciones económicas que se atribuyan a las Mutuas serán pagadas con cargo a los recursos públicos adscritos para el desarrollo de la colaboración.

Fue el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, el que desarrollaba reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal, disponiendo al efecto, en el art. 6 introducido por la DF 3ª del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio,

por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, lo que sigue "Cuando por el servicio público de salud se hubiera emitido parte de baja por contingencias comunes, se iniciará el abono de la prestación de incapacidad temporal que por estas corresponda hasta la fecha de resolución del procedimiento, sin perjuicio de que cuando la resolución determine el carácter profesional de la contingencia, la mutua que la cubra deba abonar al interesado la diferencia que resulte a su favor, y reintegrar tanto a la entidad gestora, en su caso, la prestación abonada a su cargo, mediante la compensación de las cuantías que procedan, como al servicio público de salud el coste de la asistencia sanitaria prestada. Asimismo, cuando la contingencia profesional estuviera a cargo de la entidad gestora, esta abonará al interesado las diferencias que le correspondan.

De igual modo se procederá cuando la resolución determine el carácter común de la contingencia, modificando la anterior calificación como profesional y su protección hubiera sido dispensada por una mutua. Esta deberá ser reintegrada por la entidad gestora y el servicio público de salud de los gastos generados por las prestaciones económicas y asistenciales hasta la cuantía que corresponda a dichas prestaciones en consideración a su carácter común. Asimismo, la mutua, cuando ambas contingencias fueran protegidas por la misma, realizará las correspondientes compensaciones en sus cuentas."

Este segundo párrafo disciplinó el supuesto en el que se incardina el actual litigio: modificación de la calificación inicial de contingencia profesional por la de carácter común, habiendo dispensado la mutua colaboradora su protección. Se establece efectivamente su derecho a ser reintegrada, pero no de manera ilimitada, sino fijando que lo será hasta la cuantía correspondiente a dichas prestaciones (asistenciales) en consideración a su carácter común.

En este sentido, conviene también recordar que el punto 1 del Anexo I de la citada norma dispone, bajo la rúbrica "contenido de la cartera de servicios comunes de prestación farmacéutica", que "en el caso de pacientes no hospitalizados, la prestación farmacéutica comprende la indicación, prescripción y dispensación de los siguientes productos:

a) Los medicamentos para los que, de acuerdo con la normativa vigente, se resuelva su financiación y condi-

ciones de dispensación en el Sistema Nacional de Salud y que hayan sido autorizados y registrados por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios o de acuerdo con lo dispuesto por las normas europeas que establecen los procedimientos comunitarios para la autorización y control de los medicamentos de uso humano.

b) Los efectos y accesorios que dispongan del correspondiente marcado CE y para los que, de acuerdo con la normativa vigente, se resuelva su financiación y condiciones de dispensación en el Sistema Nacional de Salud.

c) Las fórmulas magistrales y los preparados oficiales elaborados por las oficinas de farmacia de acuerdo con lo establecido en el Formulario Nacional y que cumplan las normas de la Real Farmacopea Española, así como la normativa vigente sobre las normas para su correcta elaboración y control de calidad, en las condiciones pactadas en los correspondientes conciertos suscritos entre las administraciones sanitarias autonómicas y las oficinas de farmacia.

d) Las vacunas individualizadas antialérgicas y las vacunas individualizadas bacterianas, preparadas con agentes inmunizantes, a concentración y dilución específica en base a la correspondiente prescripción facultativa para un paciente determinado, de acuerdo con la normativa vigente"

Se excluyen:

"a) Los productos de utilización cosmética, dietéticos, aguas minerales, elixires, dentífricos y otros productos similares.

b) Los medicamentos objeto de publicidad dirigida al público.

c) Los medicamentos adscritos a los grupos o subgrupos terapéuticos excluidos de la financiación por la normativa vigente.

d) Los medicamentos homeopáticos.

e) Los efectos y accesorios de los que se realice publicidad dirigida al público en general".

Sigue diciendo el punto tercero del Anexo que la participación económica de los usuarios por los medicamentos y productos sanitarios que les proporcione el Sistema Nacional de Salud se regula de conformidad

con los criterios recogidos en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y distingue entre:

- Aportación normal: Con carácter general, la participación económica que corresponde satisfacer a los usuarios en el momento de la dispensación en oficina de farmacia es del 40% sobre el precio de venta al público.

- Aportación reducida: Un 10% sobre el precio de venta al público, sin que el importe total de la aportación pueda exceder de 2,64 euros por envase, importe que puede ser actualizado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, según lo dispuesto en la normativa vigente. Corresponde abonar este tipo de aportación en los siguientes supuestos:

- a) Medicamentos para el tratamiento de enfermedades crónicas o graves, clasificados en los grupos o subgrupos terapéuticos recogidos en la normativa vigente y de acuerdo con las condiciones establecidas.

- b) Efectos y accesorios pertenecientes a los grupos reglamentariamente establecidos.

- c) Medicamentos que proporciona el Sistema Nacional de Salud a través de receta oficial a los enfermos de SIDA.

- Supuestos exentos de aportación:

- a) Pensionistas y colectivos asimilados, afectados de síndrome tóxico y personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica.

- b) Tratamientos derivados de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

- c) Productos cuya dispensación al usuario se realice en los centros o servicios asistenciales sanitarios.

4.- Otra norma que incide en este marco regulador es el art. 82 LGSS, que en su letra d) preceptúa lo que sigue: "Son actos de control y seguimiento de la prestación económica, aquellos dirigidos a comprobar la concurrencia de los hechos que originan la situación de necesidad y de los requisitos que condicionan el nacimiento o mantenimiento del derecho, así como los exámenes y reconocimientos médicos. Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social podrán realizar los mencionados actos a partir del día de la baja médica y, respecto de las citaciones para examen o reconoci-

miento médico, la incomparecencia injustificada del beneficiario será causa de extinción del derecho a la prestación económica, de conformidad con lo establecido en el artículo 174, en los términos que se establezcan reglamentariamente, sin perjuicio de la suspensión cautelar prevista en el artículo 175.3.

Asimismo, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social podrán realizar pruebas diagnósticas y tratamientos terapéuticos y rehabilitadores, con la finalidad de evitar la prolongación innecesaria de los procesos previstos en esta disposición, previa autorización del médico del servicio público de salud y consentimiento informado del paciente.

Los resultados de estas pruebas y tratamientos se pondrán a disposición del facultativo del servicio público de salud que asista al trabajador a través de los servicios de interoperabilidad del Sistema Nacional de Salud, para su incorporación en la historia clínica electrónica del paciente.

Las pruebas diagnósticas y los tratamientos terapéuticos y rehabilitadores se realizarán principalmente en los centros asistenciales gestionados por las mutuas para dispensar la asistencia derivada de las contingencias profesionales, en el margen que permita su aprovechamiento, utilizando los medios destinados a la asistencia de patologías de origen profesional, y, con carácter subsidiario, podrán realizarse en centros concertados, autorizados para dispensar sus servicios en el ámbito de las contingencias profesionales, con sujeción a lo establecido en el párrafo anterior y en los términos que se establezcan reglamentariamente. En ningún caso las pruebas y tratamientos supondrán la asunción de la prestación de asistencia sanitaria derivada de contingencias comunes ni dará lugar a la dotación de recursos destinados a esta última."

Y, finalmente, reseñaremos las previsiones del RD 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, que en su art. 9 diseña la colaboración con las Administraciones públicas sanitarias y con las entidades gestoras de la Seguridad Social, estableciendo la posibilidad de las mutuas de celebrar convenios de colaboración con las Administraciones públicas sanitarias de las comunidades autónomas para la utilización recíproca de los recursos sanitarios y recuperadores respectivos; los convenios determinarán el contenido y términos de la colaboración, las modalidades de facturación y las tari-

fas recíprocas aplicables, que podrán fijarse por procesos o en términos de precios a tanto alzado.

Dicho precepto sigue disponiendo en su apartado segundo que "las mutuas asumirán con cargo al presupuesto autorizado, sin perjuicio del resarcimiento posterior por los servicios de salud de las comunidades autónomas o por las entidades gestoras de la Seguridad Social, el coste originado por la realización de pruebas diagnósticas, tratamientos y procesos de recuperación funcional dirigidos a evitar la prolongación innecesaria de los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional quincuagésima primera de la Ley General de la Seguridad Social y en los términos y condiciones que establezcan las disposiciones de aplicación y desarrollo.

3. Las mutuas podrán prestar su colaboración a las entidades gestoras de la Seguridad Social para el desarrollo de las competencias que éstas tienen encomendadas mediante los instrumentos jurídicos que resulten de aplicación."

5.- Establecido el anterior marco normativo, y partiendo del relato histórico contenido en la sentencia de instancia, comprobamos como no resulta discutido en el presente caso que la prestación de asistencia sanitaria se efectuase dentro del marco del Sistema de la Seguridad Social y del Sistema Nacional de la Salud, ni el hecho de que sea el SAS al que finalmente corresponda hacerse cargo de esa prestación, atendida la mutación de la calificación inicial de contingencia profesional por la de carácter común, modificación que opera de forma retroactiva. Como adelantábamos, esta última circunstancia sí que ha sido expresamente regulada por el legislador en la norma transcrita (concretamente en el art. 6.3 del RD.1430/2009) proclamando el derecho al reintegro por las prestaciones no solo económicas sino también asistenciales que ha asumido la mutua, aunque no de manera ilimitada, sino hasta la cuantía que corresponda a dichas prestaciones en consideración a su carácter común. Recordemos que ese mismo precepto establece que un cambio en la calificación de la contingencia, cuando ambas fueran protegidas por la misma mutua, acarrea las correspondientes compensaciones en sus cuentas. Esa específica previsión sería absolutamente innecesaria de no existir un umbral máximo o límite en las prestaciones de asistencia sanitaria correspondientes a contingencias de naturaleza común.

Por consiguiente, el tope en el reintegro o resarcimiento se ubica en el que la normativa establece para

el supuesto de contingencia por enfermedad cuyos gastos causados fueran a cargo del Servicio de Salud de una CCAA, en este concreto caso el 60% a que se refiere el punto tercero del Anexo I. La doctrina correcta se reside, por tanto, en la sentencia traída de contraste, con lo que de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, el motivo ha de ser estimado, cansando y anulando la sentencia recurrida para resolver el debate de suplicación estimando en parte el de tal clase formalizado por el SAS, y en consecuencia revocar en parte la Sentencia dictada por el Juzgado de lo social número 3 de Sevilla el 7 de junio de 2019, en autos 732/2016, en el sentido de limitar el importe del derecho de reintegro de la Mutua demandante, en concepto de gastos farmacéuticos, al 60% de los reclamados en tal concepto.

CUARTO.-1.- Respecto del segundo punto de contradicción plantea la recurrente la falta de ajuste al límite cuantitativo que representa los importes de los precios públicos establecidos en la Orden de precios públicos del sistema sanitario público de Andalucía en relación con los gastos de transporte, señalando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, sede Sevilla, de 26 de noviembre de 2020 (RSU.2177/2019).

2.- Antes de proceder al examen del presupuesto de contradicción, resulta prioritario constatar si en la interposición del recurso se han observado las prescripciones técnico-procesales exigidas para el mismo.

El art. 224.1.b) y 2 en relación con el art. 207, ambos de la LRJS, sobre el contenido del escrito de interposición del recurso de casación unificadora en relación con el requisito de fundamentación de la infracción legal, preceptúa que el deberá contener "La fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada y, en su caso, del quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia" (art. 224.1.b LRJS). Para dar cumplimiento a estas concretas exigencias "en el escrito se expresará separadamente, con la necesaria precisión y claridad, la pertinencia de cada uno de los motivos de casación, en relación con los puntos de contradicción ..., por el orden señalado en el artículo 207, excepto el apartado d), que no será de aplicación", añadiendo el citado art. 224.2 LRJS, sobre el razonamiento que debe contener el escrito de interposición del recurso acerca de los motivos de casación, que se efectuará "razonando la pertinencia y fundamentación de cada motivo y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas

sustantivas o procesales infringidas, así como, en el caso de que se invoque la unificación de la interpretación del derecho, haciendo referencia sucinta a los particulares aplicables de las resoluciones que establezcan la doctrina jurisprudencial invocada."

Como recuerdan, entre otras, las SSTS de 27 de diciembre de 2011, Rcd.061/2011; de 24 de septiembre de 2012, Rcd.3643/2011; de 17 de febrero de 2016, Rcds.3733/2014 y 137/2022; y 137/2022, de 9 de febrero, Rcd.170/2020, es reiterada la jurisprudencia de esta Sala acerca del cumplimiento del requisito consistente en "fundamentar la infracción legal denunciada"; el recurso de casación para la unificación de doctrina, como extraordinario que es, debe estar fundado en un motivo de infracción de ley y en tal motivo se debe establecer y justificar la causa de impugnación de la sentencia recurrida.

Esta imposición legal no se cumple con sólo indicar los preceptos que se consideren aplicables, sino que es requisito ineludible para su correcta observancia razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia. Así se deduce no sólo del texto de la LRJS, sino también de la LEC, que en su art. 477.1 prescribe que el recurso habrá de fundarse en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, y en el art. 481.1 impone que en el escrito de interposición del recurso se expondrán con la necesaria extensión, sus fundamentos.

En esas condiciones, ya hemos dicho reiteradamente "que si en el escrito de interposición del recurso no se efectúa ninguna denuncia de infracción legal también se incumplen de forma manifiesta los requisitos necesarios para recurrir y, por tanto, tal recurso debe ser desestimado" (SSTS de 17 de abril de 2007, Rcd.926/2006; 137/2022, de 9 de febrero, Rcd.170/2020, y 279/2023, de 18 de abril de 2023, Rcd.3416/2020), entre muchas otras).

En este mismo sentido hemos venido a señalar que no basta con que el recurso se remita o reproduzca la fundamentación de la sentencia de contraste. Y hemos explicado con reiteración que todo lo anterior se debe a que la Sala no puede perder su imparcialidad, supliendo la inactividad de una de las partes por la vía de construir de oficio la fundamentación de la infracción legal, lo que causaría indefensión a las otras partes y lesionaría su derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la CE (por todas, SSTs 699/2020,

de 22 de julio, Rcd.418/2018; de 27 de enero de 2021, Rcd.1863/2018; 97/2021, de 28 de octubre, Rcd.3949/2018, entre otras).

3.- Establecido lo anterior procede reseñar que el SAS al tiempo de interponer el recurso de casación para unificación de la doctrina que nos ocupa construyó un único motivo de recurso donde de manera confusa y entrelazada razona sobre los puntos de contradicción en que considera incurre la sentencia recurrida. A la vista de tal escrito, aprecia la Sala falta de fundamentación de la infracción legal denunciada y el consiguiente recurso defectuoso, en tanto que (no constando en la sentencia recurrida las concretas cuantías de los conceptos sobre los que se controvierte) resulta que el SAS no destina razonamiento alguno a indicar e individualizar los preceptos o apartados de la Orden de 14 de octubre de 2005, por la que se fijan los precios públicos de los servicios sanitarios prestados por Centros dependientes del Sistema Sanitario Público de Andalucía, que se considera han sido infringidos por la sentencia recurrida; no exponiendo tampoco las razones de dicha eventual infracción a través del correspondiente motivo de casación (como exigen los arts. 224.1.b) y 224.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en relación con los apartados a), b), c) y e) del artículo 207 del mismo texto legal); ni fija las concretas cuantías a que quedaría reducida su responsabilidad, de tal suerte que a esta Sala le resulta imposible ofrecer una adecuada y completa respuesta a la pretensión que se somete a nuestro juicio sin construir el recurso a la parte, actuación que resulta proscrita, como hemos anticipado, por el derecho de tutela judicial efectiva constitucionalmente consagrado, en tanto que colocaría a las restantes partes procesales (también titulares de dicho derecho fundamental) en una indeseable situación de indefensión.

En definitiva, no fundamenta ni razona adecuada y suficientemente el SAS la presencia de la infracción legal cometida por la recurrida en casación para la unificación de doctrina, omitiendo el escrito del recurso toda reflexión sobre dicha vulneración.

4.- Lo expuesto, oído el Ministerio Fiscal, permite entender que se incurre en causa de inadmisión, que en este momento procesal se transforma en causa de desestimación del motivo (por todas, STS 620/2022, de 6 julio, Rcd.2309/2019; 776/2022, de 27 septiembre, Rcd.965/2020 y 893/2022, de 10 noviembre, Rcd.882/2021), sin que la Sala pueda efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1.- Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración Sanitaria, actuando en representación del Servicio Andaluz de Salud (SAS).

2.- Casar y anular en parte la sentencia dictada el 21 de octubre de 2021 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, en el recurso de suplicación núm. 1026/2021.

3.- Resolver el debate de suplicación estimando en parte el de tal clase formalizado por el SAS, y en conse-

cuencia revocar en parte la Sentencia dictada por el Juzgado de lo social número 4 de Almería el 8 de marzo de 2021, en autos 1679/2018, en el sentido de limitar el importe del derecho de reintegro de la Mutua demandante, en concepto de gastos farmacéuticos, al 60% de los reclamados en tal concepto.

4.- Mantener el resto de pronunciamientos del fallo de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo social número 4 de Almería el 8 de marzo de 2021, en autos 1679/2018.

5.- No efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

COMPLETAN EL MÍNIMO DE 5

Todos los años como interino y laboral en otros Servicios de Salud cuentan para la carrera

ADS. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo desestima el recurso promovido por el Gobierno de Cantabria para que no se reconociera a los interinos como mérito baremable para la carrera los servicios prestados en instituciones sanitarias distintas del Servicio Cántabro de Salud.

La cuestión que se decide en la sentencia es si el interino puede completar el mínimo de cinco años que exige el Servicio Cántabro de Salud para la convocatoria de reconocimiento de grado, añadiendo los tiempos de servicios desempeñados en otro Servicio de Salud.

Al enfermero interino demandante en el litigio principal no le valoraron su trabajo en otros Servicios de Salud y al no contar con cinco años en el Servicio Cántabro de Salud. Para completarlos reclama añadir años prestados en otros Servicios de Salud más los realizados como contratado laboral.

El Supremo afirma que durante el tiempo en que el interino desempeñe una plaza y desarrolle su relación estatutaria de servicios puede consolidar elementos valorables a efectos de carrera profesional en igualdad de condiciones y efectos que el personal estatutario fijo.

El Gobierno cántabro interpuso recurso contra la sentencia 178/2021, de 29 de junio, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, resolución que asume el criterio del Juzgado de reconocer al **enfermero interino** del Servicio Cántabro de Salud que se computaran todos los servicios invocados que fueron excluidos y se le reconociese, en su caso, el grado I de carrera profesional.

El enfermero interino desempeña un puesto equiparable al de enfermeros fijos en el Hospital Univer-

sitario Marqués de Valdecilla, "sin concurrir razones objetivas para un trato diferente, pues desempeña un trabajo idéntico o similar en el mismo centro de trabajo", dice la sentencia.

En respuesta a la cuestión de interés casacional, el Supremo declara que es acorde con el Derecho comunitario que se limite la valoración de servicios al prestado en el Servicio de Salud para el interino si ese límite se exige también al personal fijo; en caso contrario sería una actuación discriminatoria contraria al principio de igualdad constitucional.

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

El alto Tribunal recuerda, que ya se trate de funcionario de carrera como de estatutario fijo, **el reconocimiento del grado de carrera forma parte del concepto "condiciones de trabajo"** a los efectos de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, "luego las previsiones de lo que constituye la carrera horizontal son aplicables, como principio al empleado temporal, en este caso al estatutario interino".

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 319 / Nov. 2023. Carrera de médico de familia: computan todos los periodos con nombramiento temporal.

ADS nº 321 / Enero 2024. Carrera / Los años de servicio con jornada parcial no se computan a tiempo completo.

ADS nº 318 / Oct. 2023. La interrupción de servicios como interino no impide cobrar la carrera profesional.

ADS nº 317 / Sept. 2023. El periodo de servicios como MIR no computa para la carrera en el 'Seris'.

ADS nº 316 / Jul. - Ag. 2023. CARRERA / Exigen 5 años de permanencia y evaluación en el Sergas para el grado II.

ADS nº 279 / Marzo 2020. El permiso de maternidad cuenta como tiempo de servicio en concursos.

ADS nº 310. TS / Efectos de la carrera, desde su reconocimiento: no se pueden diferir a la fijeza.

ADS nº 311 / Feb. 2023. Carrera / Integración directa en nivel II a quien no pudo optar por ser eventual.

ADS nº 309 / Dic. 2022. Reconocimiento de plus compensatorio de carrera para personal laboral.

ADS nº 309 / Dic. 2022. Carrera / No es discriminatorio exonerar de permanencia en grado anterior

ADS nº 309 / Dic. 2022. Efectos económicos de la carrera, 4 años anteriores a la solicitud.

ADS nº 308 / Nov. Carrera: computan todos los años previos a la fijeza como eventual y sustituto.

ADS nº 304 / Jun. 2022. Derecho de acceso a la carrera de interino laboral sin necesidad de ser evaluado

ADS nº 304 / Jun. 2022. El reconocimiento del desarrollo profesional corresponde al Servicio de Salud.

ADS nº 303 / Mayo 2022. TS / Carrera: computan todos los años como personal temporal previos a la fijeza.

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.

STS, Contencioso sección 4 del 23 de enero de 2024
(ROJ: STS 417/2024- ECLI:ES:TS:2024:417)

Id. CENDOJ: 28079130042024100031

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid Sección: 4 Sentencia: 97/2024

Recurso: 8444/2021 Fecha de Resolución: 23/01/2024

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. 97/2024

Excmos. Sres. y Excm. 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 Ibáñez

En Madrid, a 23 de enero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número 8444/2021 interpuesto por el GOBIERNO DE CANTABRIA, representado y asistido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, frente a la sentencia

178/2021, de 29 de junio, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el recurso de apelación 172/2020, interpuesto contra la sentencia 137/2020, de 19 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander, en el recurso contencioso-administrativo 319/2019. No han comparecido partes recurridas.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de don Sabino interpuso el recurso contencioso-administrativo 319/2019, seguido por los trámites del procedimiento abreviado, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander, contra la resolución de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria que desestima por silencio administrativo el recurso de alzada contra la resolución del Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud, de 1 de abril de 2019, por la que se deniega a su representado el reconocimiento de grado I del sistema de carrera profesional.

SEGUNDO.- Dicho recurso fue parcialmente estimado por sentencia 137/2020, de 19 de octubre.

TERCERO.- Frente a esta sentencia, el Letrado del Gobierno de Cantabria, en la representación que le es propia, interpuso el recurso de apelación 172/2020 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que fue desestimado por sentencia 178/2021, de 29 de junio.

CUARTO.- Notificada la sentencia, se presentó ante dicha Sala escrito por la Letrada del Gobierno de Cantabria 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, la Sala sentenciadora, por auto de 12 de noviembre de 2021, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personado el Gobierno de Cantabria como recurrente,

sin que hayan comparecido partes recurridas, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 12 de enero de 2023, lo siguiente:

" 1º) Admitir a trámite el presente recurso de casación preparado por la Letrada de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria, contra la Sentencia número 178/2021, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso- Administrativo, de 29-6-2021 (Recurso de Apelación 172/2020), que desestima el recurso contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo núm. 1 de Santander de 19-10-2020 , que en su parte dispositiva estima parcialmente la demanda contra la Resolución de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria de 20-1-2021 que desestima por silencio el recurso de alzada presentado contra la Resolución del Director Gerente del Servicio Cántabro por la que se deniega al recurrente el reconocimiento del grado I del sistema de carrera profesional.

" 2º) Precisar que las cuestiones en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, es que se determine si, de conformidad con el artículo 40.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, los servicios a computar para el reconocimiento de la carrera profesional, se han de prestar en el servicio de salud en el que se ha solicitado el reconocimiento de la carrera profesional.

"3º) Identificar como precepto que, en principio, serán objeto de interpretación, el artículo 40.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA."

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 17 de enero 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.

SÉPTIMO.- El Letrado del Gobierno de Cantabria evacuó dicho trámite mediante escrito de 2 de marzo de 2023 y su pretensión es que se estime el recurso de casación, se anule y revoque la sentencia recurrida por la que se desestima el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, y se dicte sentencia en la que se declare lo siguiente:

"... que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, los servicios a computar para el reconocimiento de la carrera profesional han de haber sido prestados en el servicio de salud en el que se ha solicitado el reconocimiento de carrera".

OCTAVO.- No habiendo comparecido partes recurridas y considerándose innecesaria la celebración de vista pública, se declararon conclusas las actuaciones y 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 PLEITO.

1. Don Sabino es **enfermero, subgrupo A2 y personal estatutario interino del Servicio Cántabro de Salud**. Concurrió a la " convocatoria 2018 del procedimiento de reconocimiento de grado I en el sistema de carrera profesional del personal interino al servicio de las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud" de 14 de marzo de 2018, convocatoria efectuada por resolución CVE-2018-2636 y en cuya Base Segunda.1 se exigía lo siguiente: " Tener la condición de personal interino de instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, en los cuerpos y categorías estatutarias previstas en el ámbito de aplicación del Acuerdo de carrera profesional, siempre que haya prestado servicios con vínculo de derecho administrativo durante cinco años en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud en la misma plaza u otra de contenido funcional equivalente."

2. Don Sabino acreditó cinco años de servicios en instituciones del Sistema Nacional de Salud, pero no en el Sistema Cántabro de Salud, razón por la que para completarlo, pidió que se le computasen los años servidos en los servicios de salud extremeño, castellano-leonés, aragonés y cántabro, y que se computasen también los servicios prestados como contratado laboral.

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

adelante, Ley cántabra 9/2010), que dice lo siguiente: " Con efectos de 1 de enero de 2018 y vigencia indefinida, lo dispuesto en los artículos 56 y 61.2.e) de la presente Ley resultará de aplicación al personal interino de instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, siempre que haya prestado servicios con vínculo de derecho administrativo durante cinco años en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud en la misma plaza u otra de contenido funcional equivalente."

4. Recurrida jurisdiccionalmente, la sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda: anuló el acto impugnado pero limitando sus efectos y declaró el derecho del demandante a que se tramitase de nuevo su solicitud y se valorasen todos los servicios invocados que fueron excluidos y se le reconociese, en su caso, el grado I de carrera profesional.

SEGUNDO.- LA SENTENCIA IMPUGNADA.

1. La sentencia ahora impugnada confirma en apelación la de primera instancia, cuyos razonamientos asume.

En la parte que reproduce el juez a quo partía de que don Sabino desempeña un puesto equiparable al de los enfermeros fijos en el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, sin concurrir razones objetivas para un trato diferente pues desempeña un trabajo idéntico o similar en el mismo centro de trabajo.

Tomando en consideración su cualificación y las tareas que desempeña, inaplicó lo previsto en las Base Segunda.1 de la convocatoria.

2. Invoca nuestra sentencia 1592/2018, de 7 de noviembre (casación 1781/2017). En ella dijimos que el artículo 70.2 del Reglamento General-en lo que ahora interesa- de Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo (en adelante, y aquí, RPP), es aplicable tanto a los funcionarios de carrera como a los interinos.

3. Recuerda además la Sala de apelación que en esa sentencia consideramos que esa igualdad viene impuesta por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar la cláusula 4 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, aplicado por la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999 (en adelante, Acuerdo Marco).

TERCERO.- EL RECURSO DE CASACIÓN.

1. En su recurso de casación el Gobierno de Cantabria rechaza la aplicación de nuestra sentencia 1592/2018 antes citada pues lo que en ella se ventilaba era la equiparación de los funcionarios interinos a los funcionarios de carrera en cuanto al reconocimiento del grado de carrera profesional, lo que en autos no se discute. Lo que se discute es si los servicios objeto de reconocimiento pueden haberse realizado en otros servicios de salud que no sean el cántabro, lo que rechaza.

2. Sostiene así que la sentencia infringe el artículo 40.2 del EMPSS pues la carrera profesional supone el derecho a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y un tercer elemento determinante: el " cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios". Esa referencia a la organización en la que se prestan los servicios determina la exclusión de los prestados en otra organización.

3. Tal previsión legal la recoge también el artículo 41.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante, ley de Cohesión), y el artículo 37 de la Ley 44/2003, de Ordenación de Profesiones Sanitarias en relación con su artículo 38.1.f) (en adelante, Ley de Ordenación). Responde a la realidad de que cada servicio de salud tiene su propia organización, metas, objetivos y su propio plan de salud con objetivos diferenciados, como es el caso de Cantabria y su Plan de Salud de Cantabria 2014-2019.

4. Finalmente, añade que el grado de carrera alcanzado implica un complemento retributivo para cuya percepción no puede valorarse el trabajo en otros Servicios de Salud.

CUARTO.- JUICIO DE LA SALA.

1. La cuestión de interés casacional objetivo exige pronunciarnos sobre si los servicios valorables para el reconocimiento de la carrera profesional deben ser sólo los prestados en el servicio de salud en el que se ha solicitado tal reconocimiento. A tal efecto, el auto de admisión identifica la norma que será interpretada: el artículo 40.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (en adelante, EMPSS). Este precepto nos dice qué es la carrera profesional como derecho estatutario: "[l] a 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."

2. En puridad, tal norma es ajena a la razón por la que a don Sabino no se le valoraron sus servicios y esa razón fue que no contaba con cinco años de servicios en el Servicio Cántabro de Salud y para completarlos pretendía añadir los años prestados en otros servicios de salud más los prestados como contratado laboral.

Siendo estos los hechos, el término "servicios" se interpretará a los efectos de esta casación en un doble sentido para ajustar lo que nos plantea el auto de admisión-qué servicios cabe invocar- con lo ventilado en las instancias previas: dónde deben haberse prestado. Queda fuera de esta casación otro aspecto deducible de la Base Segunda.1 de la convocatoria y de la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010, en concreto, la exigencia de que esos servicios se hayan prestado "con vínculo de derecho administrativo", excluyendo los prestados con vínculo laboral.

3. Hechas estas precisiones, para resolver la cuestión de interés casacional partimos de que, ya se trate de funcionarios de carrera como de personal estatutario fijo, el reconocimiento del grado de carrera profesional forma parte del concepto "condiciones de trabajo" a los efectos de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, luego las previsiones de lo que constituye la carrera horizontal son aplicables, como principio al empleado temporal, en este caso al personal estatutario interino.

Esto no es controvertido y es jurisprudencia. Dentro de la regla general de equiparación, lo que ahora se plantea es si al personal estatutario interino puede reconocérsele el grado de carrera por servicios prestados en otro servicio de salud en el doble aspecto antes apuntado, lo que exige comparar en este punto ambos regímenes, el del personal estatutario fijo con el del interino.

4. Antes de continuar conviene apuntar que la cláusula 4 del Acuerdo Marco no exige a los ordenamientos nacionales una igualdad de trato absoluta entre ambos tipos de personal estatutario pues, de ser así, carecería de entidad, de sustancia propia, esa tipología de empleado público temporal, algo a veces olvidado. Que los ordenamientos nacionales pueden matizar ese trato lo confirma el EMPSS (artículo 9.5), que proclama para los interinos igualdad de trato pero "cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal y al carácter

de su nombramiento" y con exclusión "de los derechos inherentes a la condición de personal estatutario fijo"; o que los derechos individuales serán aplicables al personal temporal "... en la medida en que la naturaleza del derecho lo permita" (artículo 17.2); y lo mismo prevé el artículo 8.5 de la Ley cántabra 9/2010.

5. Y, en fin, tampoco está de más recordar que esta Sala también ha dicho en la sentencia 1401/2021, de 30 de noviembre (casación 6302/2018), a propósito del Acuerdo Marco que "es verdad que, aun cuando no concurren las condiciones para dar eficacia directa a las directivas, los órganos jurisdiccionales nacionales deben hacer el máximo esfuerzo interpretativo posible de las normas y principios de su ordenamiento interno, de manera que no se frustre el efecto útil de la directiva...Pero la interpretación tiene sus límites y, si se adoptan criterios hermenéuticos no aceptados en la comunidad jurídica o se incurre en puro decisionismo, el órgano jurisdiccional deja de operar dentro del sistema de fuentes establecido, con el riesgo caer en la arbitrariedad"

6. Dicho todo lo anterior, partimos de que la carrera profesional es un derecho individual del personal estatutario de los Servicios de Salud. Tratándose del personal fijo conviene recordar que el Sistema Nacional de Salud se organiza en servicios territorializados de manera que ese personal conjuga su derecho a la carrera con otro derecho, el derecho a la movilidad voluntaria [artículo 17.1.e) del EMPSS].

Para conjugar ambos derechos la carrera profesional presenta elementos comunes para todos los servicios de salud, de ahí la posibilidad de homologación y de valoración, bien general o mediante convenios (cfr. artículo 39 de la Ley de Ordenación y artículos 37.2 y 40.1 y 3 del EMPSS); ahora bien, junto a los anteriores hay otros específicos de cada servicio de salud por referirse a elementos definidos por cada Comunidad Autónoma para el personal estatutario de su servicio de salud (artículo 40.1 y 2 del EMPSS), y que no cabe invocar ante otro distinto.

7. En el caso del personal estatutario interino ya hemos apuntado que la jurisprudencia nos dice que, en sí, su temporalidad no justifica un trato diferenciado respecto del personal fijo, de ahí que se predique la igualdad de condiciones profesionales conforme al Acuerdo Marco, luego que se le reconozca dentro de la lógica de su estatuto, el derecho a la carrera profesional. Esa temporalidad no impide un trato igual a efectos de reconocimiento de progresión de grado y respecto de

los servicios prestados en otro servicio de salud: ciertamente este personal no ejercerá el derecho a la movilidad, pero podrá haber adquirido unos conocimientos o experiencias valorables en otro servicio de salud a efectos de reconocimiento de grado de carrera y, como ocurre con el personal fijo, podrá haber otros elementos que no puedan valorarse por ser ajenos "a los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios" y que hace la convocatoria.

8. Abundando en esta idea añadimos que lo expuesto sobre la movilidad del personal fijo obedece a que su relación de servicios con el Sistema Nacional de Salud nace una vez y pervive hasta su extinción por alguna de las causas del artículo 20 del EMPSS, lo que le permite desarrollar una carrera profesional transitando por diversos servicios de salud.

En cambio, el interino no forma parte de escala o cuerpo alguno y su relación de servicios existe y se actúa en tanto se le nombra para satisfacer una necesidad específica en un concreto puesto de un servicio de salud y cuando la causa del nombramiento finaliza, su relación de servicios se extingue. Ahora bien, durante el tiempo en que desempeñe una plaza y desarrolle su relación estatutaria de servicios puede consolidar elementos valorables a efectos de carrera profesional en igualdad de condiciones y efectos que el personal fijo.

9. Pero como hemos advertido en el anterior punto 2 de este Fundamento de Derecho, distinto de qué elementos de mérito cabe invocar a efectos de reconocimiento del grado de carrera es el elemento temporal, es decir, que a esos efectos se exija al personal estatutario interino determinados años en el servicio de salud en el que presta servicios temporales y que hace la convocatoria de reconocimiento de grado. En este punto, lo que se ventila ya no es la valoración de méritos adquiridos en ese u otro servicio de salud, sino la posibilidad de completar los años de servicios exigibles en el servicio de salud añadiendo el tiempo de servicios desempeñado en otro servicio de salud.

10. Pues bien, a efectos de la cláusula 4 del Acuerdo Marco tal exigencia de vinculación temporal puede discriminar al personal estatutario interino respecto del fijo-que, no se olvide, es su término de comparación- si la convocatoria que se haga para este último lo que se le exige es un tiempo de servicios pero en el Sistema Nacional de Salud, no en el servicio de salud que convoca el procedimiento de reconocimiento de carrera, requisito así contemplado que opera por breve que sea

el tiempo de servicios en el servicio de salud que convoca el procedimiento de reconocimiento de grado de carrera.

11. En consecuencia y conforme al artículo 93.1 de la LJCA, resolvemos la cuestión de interés casacional y declaramos lo siguiente:

1º Que tratándose de personal estatutario interino, a efectos del reconocimiento del grado de carrera profesional, es conforme con la cláusula 4 del Acuerdo Marco que el tiempo de servicio exigido para tal reconocimiento se acote al prestado en el servicio de salud que le nombra si esa limitación se prevé también para el fijo; pero será discriminatorio si para el personal estatutario fijo se prevé que el tiempo de servicios para progresar de grado se refiera al tiempo de servicios en el Sistema Nacional de Salud.

2º Que tratándose de personal estatutario interino respecto de los elementos integrantes de la carrera profesional del artículo 40.2 del EMPSS, cabe invocar también los adquiridos y consolidados en otro servicio de salud en el que prestó servicios con exclusión de aquellos conocimientos, experiencias o cumplimiento de objetivos que sean específicos del servicio de salud en el que se prestaron servicios mediante una relación estatutaria ya extinguida.

QUINTO.- APLICACIÓN AL CASO.

1. Lo declarado en el anterior Fundamento de Derecho nos lleva a desestimar el recurso de casación. Ciertamente la Sala de apelación ha confundido lo litigioso a la regla general que no se cuestiona: que el personal estatutario interino, igual que el fijo, puede obtener el reconocimiento de un grado de carrera profesional, ahora bien, la confirmación de esta sentencia viene dada en cuanto que hace suyos los razonamientos de la sentencia de primera instancia.

2. En efecto, en la primera instancia el juez a quo nos dice que la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010 impedía estimar la demanda y que al tiempo de entender que era contraria a la cláusula 4 del Acuerdo Marco, planteó la cuestión de constitucionalidad que se inadmitió por auto 116/2020. El Tribunal Constitucional consideró que lo controvertido debía resolverse en el ámbito de la normativa europea, bien inaplicando la ley cántabra o bien planteando una cuestión prejudicial. Ante ello el juez a quo recondujo el litigio y desde la convicción de que la citada ley es discriminatoria, inaplicó las bases de la convocatoria, luego la ley.

3. La sentencia de primera instancia se ajusta a lo declarado a efectos casacionales. Basta contrastar la convocatoria litigiosa con la simultánea para su personal estatutario fijo del Servicio Cántabro de Salud y que, como la litigiosa, se remite al Acuerdo de Mesa Sectorial de Personal de Instituciones Sanitarias, del 31 de octubre de 2017. Este Acuerdo prevé en su disposición adicional única que es aplicable al personal interino de larga duración, si bien al tiempo de firmarse tal extensión se hizo depender de una futura reforma legal que se materializó en la disposición adicional undécima de la Ley cántabra 9/2010.

4. En ese Acuerdo para el personal fijo, y a efectos de reconocimiento de carrera profesional, se prevé que los servicios invocables lo son por unos periodos temporales mínimos no en el Servicio Cántabro de Salud, sino en el Sistema Nacional de Salud [cfr. apartado 4.1 en relación con el 5.d)], lo que tiene su correlato en la Base Cuarta 1. 3 y 4 de la convocatoria simultánea que se hizo para el personal fijo. Al excluir de tal previsión al personal estatutario interino de larga duración es por lo que se incurre en la discriminación que advirtió la sentencia de primera instancia, sin que se haya expuesto una razón que justifique la diferencia de trato entre dos grupos de personal en circunstancias análogas a los efectos de este litigio: el fijo y el interino de larga duración.

SEXTO.- 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.

FALLO

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 Cuarto.11 de esta sentencia,

PRIMERO.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del GOBIERNO DE CANTABRIA contra la sentencia 178/2021, de 29 de junio, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso de apelación 172/2020, 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.

Supresión de títulos inexistentes y terapias no oficiales de texto publicitario de una óptica

ADS. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco respalda una resolución del director de Ordenación y Evaluación Sanitarias del Gobierno Vasco que exige a la clínica *Visuality* de Vizcaya la modificación de textos publicitarios que la profesional solicitante pretende incluir en cualquier soporte, escrito o en la web, para que sean acordes con el principio de veracidad y pueda ser autorizada la publicidad sanitaria de su actividad.

La resolución tiene relevancia porque ordena suprimir de la publicidad títulos y terapias inexistentes y modificar expresiones para informar al público que determinada formación que ha obtenido la solicitante de autorización de publicidad sanitaria no es oficial, así como eliminar sintomatologías que no están comprendidas en la *Orden de 26 de diciembre de 1997, por la que se regulan las autorizaciones de creación, de realización de modificaciones, y de funcionamiento de las Ópticas*.

También ordena suprimir referencias a Colegios oficiales que no existen o a terapias que no son competencias de los óptico optometristas, sino de otros profesionales, así como terapias que no están respaldadas en ensayos clínicos controlados.

Reproducimos por su indudable interés las modificaciones que debe efectuar el centro sanitario que sugiere la resolución administrativa del 26 de enero de 2021 del director de Ordenación y Evaluación Sanitarias del Gobierno Vasco para que sean acordes con la legalidad y la ordenación administrativa:

-Por el principio de veracidad, suprimir de oficio en el formulario la inclusión de "Terapia Visual", dentro del apartado de Profesionales Sanitarias, para sustituirlo por la más correcta de "Óptico-Optometrista".

-Por el principio de veracidad, suprimir la expresión "centro avanzado de optometría".

-Por el principio de veracidad, junto con el título de "Doctor of Philosophy in Optometry" y "Master Clínico en Terapia Visual", indicar "titulación no oficial". Suprimir la referencia al nivel de grado académico de Master, por no ajustarse a legalidad vigente.

-Suprimir la expresión "trabajos de especialización del master clínico", por cuanto son funciones que se desarrollan en virtud de la posesión de la titulación de óptico-optometrista.

-Suprimir la expresión "optometrista comportamental", por ser una especialidad inexistente.

Suprimir la expresión "lateralidad y desarrollo motor (reflejos primitivos)", por no estar comprendidos en la Orden de 26 de diciembre de 1997, por la que se regulan las autorizaciones de creación, de realización de modificaciones, y de funcionamiento de las Ópticas.

-Suprimir la expresión "osteópatas colegiados", por no existir ni la profesión ni un colegio oficial de osteópatas.

-Suprimir toda referencia a SENA (método de estimulación auditiva), por no ser competencia del óptico-optometrista.

-Por falta de competencia, suprimir el apartado relativo a los diagnósticos de problemas de aprendizaje, así como los síntomas relacionados con la audición y los síntomas relacionados con la psicomotricidad.

-Suprimir toda referencia en la que se plantee la "terapia visual" como alternativa al tratamiento con parche para el "ojo vago", por no existir ensayos clínicos controlados y aleatorizados que avalen dicha afirmación.

-Suprimir el Anexo III en su conjunto, por falta de acreditación y por no avalar alguna de las especialidades que la solicitante cita".

En otra resolución administrativa del 16 de octubre de 2019, se ordenó a la titular del estableci-

miento suprimir las siguientes expresiones: "Centro avanzado de optometría", "primer gabinete avanzado de optometría", "el primero que se abre en el País Vasco", "reflejos primitivos", las alusiones a "médico naturópata", "osteópatas cráneo- sacrales", "optometrista comportamental".

Asimismo, se reflejaba en dicha resolución que el texto publicitario debía indicar la titulación oficial del responsable asistencial.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 217 / Jul. - Ag. 2014. BIOBAC / Delito de publicidad fraudulenta a los consumidores.

ADS nº 241 / Oct. 2016. ANDALUCÍA / Requisitos técnicos, información y publicidad en farmacias.

ADS nº 122 / Dic. 2005 / Aragón. Decreto de autorización de publicidad sanitaria.

STSJ, Contencioso, del 18 de diciembre de 2023
(ROJ: STSJ PV 2985/2023- ECLI:ES:TSJPV:2023:2985)
Id. CENDOJ: 48020330022023100545
Órgano: Tribunal Superior de Justicia.
Sala de lo Contencioso Sede: Bilbao Sección: 2
Sentencia: 571/2023 Recurso: 983/2021
Fecha de Resolución: 18/12/2023
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: ANGEL RUIZ RUIZ
Tipo de Resolución: Sentencia
Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ILMOS/A. SRES/A.

PRESIDENTE

D. ÁNGEL RUIZ RUIZ

MAGISTRADO/A

D. JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

D^a. IRENE RODRÍGUEZ DEL NOZAL

En Bilbao, a 18 de diciembre de 2023.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso registrado con el número 983/2021 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna: la re-

solución de 7 de junio de 2021, del Viceconsejero de Salud del Gobierno Vasco, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra resolución de 26 de enero de 2021, del Director de Ordenación y Evaluación Sanitarias, que respondió a solicitud de autorización de publicidad sanitaria de 15 de enero de 2021, imponiendo determinadas modificaciones al texto publicitario propuesto.

Son partes en dicho recurso:

- Demandante: D^a Esther, representada por el Procurador D. José Manuel López Martínez y dirigida por la letrada D^a Emilia Pardo Mellado.

- Demandadas:

· Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, representada y dirigida por el letrado del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco.

· Colegio Nacional de Ópticos Optometristas, Delegación Regional 5, representado por el Procurador D. Luis Pablo López-Abadía Rodrigo y dirigido por la letrada D^a Ana Isabel Tejada Fernández.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Ángel Ruiz Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 16 de julio de 2021 tuvo entrada en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Bilbao escrito en el que el Procurador D. José Manuel López Martínez actuando en nombre y representación de D^a Esther, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 7 de junio de 2021, del Viceconsejero de Salud del Gobierno Vasco, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra resolución de 26 de enero de 2021, del Director de Ordenación y Evaluación Sanitarias, que respondió a solicitud de autorización de publicidad sanitaria de 15 de enero de 2021, imponiendo determinadas modificaciones al texto publicitario propuesto, quedando registrado dicho recurso con el número 237/2021.

El Juzgado por Auto nº 108/2021, de 18 de octubre de 2021 se apreció la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso contencioso administrativo interpuesto, remitiéndose las actuaciones previo emplazamiento de las partes y personándose las mismas ante esta Sala; la Sala asumió la competencia, quedando registrado dicho recurso al número 983/2021.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en el expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se estime el recurso, para anular y dejar sin efecto las resoluciones recurridas por no conformes a derecho, en relación con las supresiones y modificaciones en el texto publicitario propuesto por la recurrente, contenidas en la resolución de 26 de enero de 2021.

TERCERO.- En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, por la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que interesa la desestimación del recurso y confirmación de la resolución recurrida.

Por parte del Colegio Nacional de Ópticos Optometristas, Delegación Regional 5, en su contestación a la demanda interesa de la Sala que dicte sentencia por la que, por un lado, inadmita el recurso en lo relativo a las modificaciones propuestas y contenidas en la resolución del Director de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria, de 19 de octubre de 2019.

CUARTO.- Por Decreto de 21 de abril de 2022 se fijó como cuantía del presente recurso la de Indeterminada.

QUINTO.- Por Auto de fecha 3 de mayo de 2022, confirmado por auto de 16 de junio de 2022, se denegó la prueba testifical interesada, teniendo por incorporada la prueba documental acompañada al escrito de demanda.

SEXTO.- En los escritos de conclusiones, las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 29/11/23 se señaló el pasado día 12/12/2023 para la votación y fallo del presente recurso.

OCTAVO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso; resolución recurrida.

1.- Esther, titular del establecimiento Visuality, recurre la resolución de 7 de junio de 2021, del Viceconsejero de Salud del Gobierno Vasco, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra resolución de 26 de enero

de 2021, del Director de Ordenación y Evaluación Sanitarias, que respondió a solicitud de autorización de publicidad sanitaria de 15 de enero de 2021e impuso modificaciones al texto publicitario propuesto.

2.- La demandante interesa de la Sala que dicte sentencia por la que se estime el recurso, para anular y dejar sin efecto las resoluciones recurridas por no conformes a derecho, en relación con las supresiones y modificaciones en el texto publicitario propuesto por la recurrente, contenidas en la resolución de 26 de enero de 2021.

3.- A continuación, para enmarcar el ámbito del debate, en relación con los antecedentes que debemos tener presentes, nos remitiremos a la resolución recurrida de 7 de junio de 2021.

En ella, en el apartado de hechos, en los puntos primero a cuarto, recoge lo que sigue:

" PRIMERO.- Con fecha 15 de enero de 2021 Dña. Esther, solicita autorización de publicidad sanitaria, para lo cual presenta el formulario de solicitud acompañado de los textos publicitarios para los que solicita aprobación.

SEGUNDO.- Algunos de estos textos habían sido ya analizados y resueltos por la Administración, pues coincidían en sus términos con los planteados por la interesada en el año 2019. En aquella ocasión, la resolución de 16 de octubre de 2019 resolvía conceder al establecimiento Visuality, propiedad de la Sra. Esther, autorización de publicidad sanitaria, si bien debían realizarse una serie de modificaciones en los textos propuestos. En concreto, y tal y como refleja el punto segundo de dicha resolución, debían suprimirse las siguientes expresiones: "centro avanzado de optometría", "primer gabinete avanzado de optometría", "el primero que se abre en el País Vasco", "reflejos primitivos", las alusiones a "médico naturópata", "osteóptas cráneo- sacrales", "optometrista comporta mental". Asimismo, se reflejaba en dicha resolución que el texto publicitario debía reflejar la titulación oficial del responsable asistencial. La autorización otorgada mediante dicha resolución debía renovarse cada 5 años, por lo que cuenta con plena vigencia hasta octubre de 2024. Contra dicha no se interpuso en su momento recurso administrativo.

TERCERO.- La solicitud de 15 de enero de 2021 fue analizada en el seno de la Comisión de Control de la Publicidad Sanitaria, reunida el 21 de enero de 2021. En el acta levantada con ocasión de dicha reunión, se cons-

tata que la Comisión propone otorgar a Visuality el Registro de Publicidad Sanitaria 32/21, previa la realización de una serie de modificaciones en los textos sometidos a su consideración.

CUARTO.- Teniendo en cuenta la propuesta de la Comisión de Control de la Publicidad Sanitaria, el Director de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitarias dicta resolución de 26 de enero de 2021, por la que se concede a Visutality, de Bizkaia, autorización administrativa previa a la publicidad sanitaria en los términos de dicha resolución.

El punto segundo de la misma especifica las modificaciones que deben ser efectuadas en el texto publicitario propuesto. Dichas modificaciones son las siguientes:

- Por el principio de veracidad, suprimir de oficio en el formulario la inclusión de "Terapia Visual", dentro del apartado de Profesionales Sanitarias, para sustituirlo por la más correcta de "Óptico- Optometrista".

- Por el principio de veracidad, suprimir la expresión "centro avanzado de optometría".

- Por el principio de veracidad, junto con el título de "Doctor of Philosophy in Optometry" y "Master Clínico en Terapia Visual", indicar "titulación no oficial". Suprimir la referencia al nivel de grado académico de Master, por no ajustarse a la legalidad vigente.

- Suprimir la expresión "trabajos de especialización del master clínico", por cuanto son funciones que se desarrollan en virtud de la posesión de la titulación de óptico-optometrista.

- Suprimir la expresión "optometrista comportamental", por ser una especialidad inexistente.

- Suprimir la expresión "lateralidad y desarrollo motor (reflejos primitivos)", por no estar comprendidos en la Orden de 26 de diciembre de 1997, por la que se regulan las autorizaciones de creación, de realización de modificaciones, y de funcionamiento de las Ópticas.

- Suprimir la expresión "osteópatas colegiados", por no existir ni profesión ni colegio oficial de osteópatas.

- Suprimir toda referencia a SENA (método de estimulación auditiva), por no ser competencia del óptico-optometrista.

- Por falta de competencia, suprimir el apartado relativo a los diagnósticos de problemas de aprendizaje, así como los síntomas relacionados con la audición y los síntomas relacionados con la psicomotricidad.

- Suprimir toda referencia en la que se plantee la "terapia visual" como alternativa al tratamiento con parche para el "ojo vago", por no existir ensayos clínicos controlados y aleatorizados que avalen dicha afirmación.

- Suprimir el Anexo III en su conjunto, por falta de acreditación y por no avalar alguna de las especialidades que la solicitante cita.

En el fundamento segundo valora la incidencia de la solicitud presentada en el año 2019 y la resolución de 16 de octubre de 2019 recaída, fundamento en el que razona sobre la inadmisibilidad, lo que recuperaremos al responder a la pretensión de inadmisibilidad parcial defendida por la parte codemandada.

Tras ello, se remite a las pautas de la resolución de lo debatido, con especial incidencia en el identificado como principio de veracidad, fundamento tercero de la resolución recurrida que así mismo al responder recuperaremos.

En los fundamentos 4º a 10º da respuesta a las cuestiones planteadas en distintos aspectos, en relación con lo decidido por la resolución inicial de 26 de enero de 2021, del Director de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitarias, fundamentos con el contenido que recuperaremos al responder a los motivos de la demanda.

SEGUNDO.- La demanda.

1.- En primer lugar, se opone a lo razonado por la resolución recurrida en el fundamento segundo, sobre la inadmisibilidad, respecto a determinadas pronunciamientos en relación con el precedente.

Destaca, que, si bien el plazo de duración de la autorización administrativa previa concedida es de 5 años, la interesada estaba obligada a solicitar la renovación oportuna para el caso de que se produjera alguna modificación que altere de modo sustancial el contenido del mensaje publicitario, señalando que este era el supuesto de autos.

Expone que inicialmente la publicidad estaba prevista únicamente en la página Web, habiendo decidido posteriormente ampliar la publicidad de los servicios al

resto de medios de comunicación, refiriéndose a importante modificación.

Además, defiende que no se darían los requisitos jurisprudenciales que alega la resolución recurrida, porque la segunda resolución no reproduciría la primera, insistiendo en que la primera solicitud versaba sobre el texto a publicitar en la página web, y el segundo, además de ampliar el texto de la página web, incluía emitir nuevos textos en televisión, periódicos y radio, por lo que no se habían dictado los actos en relación con los mismos hechos e iguales argumentos, por lo que no procede acoger inadmisibilidad que valora la Administración y que defendió el Colegio Nacional de Ópticos Optometristas, por lo que se debe de entrar en el fondo de la cuestión planteada.

2.- A continuación, traslada su conformidad con la teoría general que expone la administración sobre la publicidad sanitaria, en concreto, en relación con el principio de veracidad, que, se dice, se respeta en este caso, trasladando pautas del marco normativo de aplicación, de la ley 34/1998, general de publicidad, con remisión a los artículos 5. 1 2 y 3 y enlazar con la Ley 3/1991 de competencia desleal, artículo 4 sobre la cláusula general.

Tiene presente también la Ley 44/2003 de ordenación de las profesiones sanitarias, artículo 40, en relación con las modalidades y principios generales de ejercicio privado, lo que enlaza con la regulación de la Comunidad Autónoma en Decreto 550/1995 de 15 de octubre.

3.- Tras ello, se detiene en la decisión de la Administración, en cuanto a la realización de oficio de modificación en el modelo oficial de solicitud que presentó la recurrente, pretendiendo ahora, ante la Sala, que se elimine dicha manifestación de la resolución porque no versaba sobre ningún texto que se pretendiera publicar, en concreto en relación con la decisión de la Administración, con soporte en el principio de veracidad, de suprimir de oficio en el formulario la inclusión de terapia visual, dentro del apartado de los profesionales sanitarios, siendo la correcta cualidad la de óptico optometrista.

Insiste en que no se afecta ningún aspecto de la publicidad sanitaria, por lo que se defiende que impropio era recogerlo dentro de la resolución recurrida, por lo que debe ser eliminado. Señala que estaríamos ante una modificación que versa sobre un error al cumplimentar el formulario oficial, elaborado por el Go-

bierno Vasco, al hacer la solicitud de autorización previa para la publicidad sanitaria, pero no sobre el contenido de la publicidad propuesta, por lo que la inclusión en la resolución es una extralimitación que no tiene amparo legal.

4.- Tras ello, incide en la exigencia de que se plasmará titulación no oficial, en relación a la mención de Doctor Of Philosophy in Optometry y al Máster Clínico de Optometría y Terapia Visual, y además, en relación al Master Clínico en Optometría y Terapia Visual, suprimir la referencia al nivel de grado académico de máster por no ajustarse a la legalidad vigente.

Defiende que la administración debe eliminar el requerimiento, por estar ante un mensaje que es fiel al principio de veracidad, y por conculcar el principio de libre competencia la mención no oficial.

Insiste en que la Administración incurre en enfoque erróneo, porque el análisis debería realizarse desde el contexto del ejercicio profesional de una actividad privada sanitaria, enlazando con las pautas de la Ley de Ordenación de la Actividad Sanitaria, destacando que el título que capacita y habilita a la recurrente para ejercer su profesión de óptico optometrista, es el de la diplomatura en óptica y optometría de la Universidad de Santiago de Compostela, enlazando con lo recogido en el artículo 7 sobre diplomados sanitarios de la Ley 44/2003 de ordenación de las profesiones sanitarias.

Destaca que las titulaciones que trasladó reflejaban la formación acreditada por la Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias, justificándose la pretensión que en este ámbito se ejercita, al destacar que la publicidad va dirigida a la captación de clientes pacientes, por lo que obligar a acompañar la coletilla títulos no oficiales, junto a cualquier formación complementaria realizada, daría una apariencia de que la formación no es válida o no tiene la importancia que realmente tiene, estando vacía de contenido su práctica, dando un concepto peyorativo a una formación que no solo es completamente válida, que puede confundir al posible paciente, cuando la información era absolutamente veraz, se defiende como más adecuado, veraz y preciso indicar que se trata de formación continua o formación complementaria por ajustarse a la realidad de los hechos.

Insiste en que se vulnera también el principio de libre competencia, para señalar que así lo sería porque no se ha exigido en otros casos, con remisión a acta notarial de 5 de marzo de 2021, que se acompañó con el re-

curso de alzada, añadiendo, en relación con el optometrista Sr. Javier, que figura haber realizado Master en Optometría Clínica, así como la publicidad existente Web del Sr. Jesús, donde figura haber realizado Master experto universitario en optometría clínica, señalando que los referidos prestarían servicios de un centro de optometría muy conocido en la Comunidad Autónoma Vasca, junto con el Sr. Jorge, quien es presidente de la quinta delegación del colegio oficial de Ópticos.

Destaca que son tres profesionales que prestarían los mismos servicios que la demandante, quienes publicitaron sus currículos, sin necesidad de añadir la coletilla no oficial a los estudios, alegato que se complementa con precisiones añadidas para defender que obligar a añadir la coletilla no oficial, junto a las formaciones en cuestión, conculcaría los artículos 5.1, 2 y 3 de la Ley 34/98, General de Publicidad, enlazando con las exigencias derivadas del principio de libre concurrencia, de libre competencia, por lo que trae a colación la Ley 3/91 de 10 de enero de competencia desleal.

Ratifica, con ello, que la obligación de añadir la coletilla no oficial, junto a la formación en cuestión, no sería ni veraz ni prudente, calificando el termino de peyorativo, sin amparo legal, que impediría a la demandante competir en igualdad de condiciones con el resto de los colegiados, quienes no tienen que añadir tal coletilla a su currículum.

Como hemos anticipado, subsidiariamente se llega a interesar, en este ámbito, si el Tribunal lo considerar pertinente, que se recoja, en relación con la formación, como formación continuada, o formación completaría, o como el Tribunal entienda más acorde.

5.- En un segundo ámbito en debate, la demandante interesa que no se elimine la referencia a que en el gabinete se desarrollen trabajos en la especialización de master clínico, porque respeta el principio de veracidad.

En este ámbito se dice, que la demandante, como diplomada en óptica optometrista, tenía una titulación suficiente para ofrecer el tratamiento de terapia visual, añadiendo que además, tras la realización del curso acreditado por la comisión de formación continua de las profesiones sanitarias de la Comunidad de Madrid, había obtenido una especialización en la materia, una adquisición de conocimientos de los que carecía quien únicamente tiene diplomatura como óptico optometrista, señalando que ese era el mensaje que se pretendía trasladar mediante la publicidad expresada en los

términos referidos, insistiendo en que era un mensaje prudente y veraz.

Para defender la postura que traslada la demandante, señala que una cosa sería tener capacidad legal para ejercer una profesión y otra ejercerla con el mayor grado de conocimiento, formación y experiencia, destacando la diferencia entre uno u otro supuesto, entre quien únicamente es diplomado y quien, además de la diplomatura, ha realizado formación específica, en concreto en terapia visual.

Con ello, ratifica que la demandante en su gabinete realiza trabajos de especialización del master clínico, y con ello estaría siendo escrupulosamente fiel con la verdad.

6- A continuación, la demanda pasa a defender el mantenimiento de las expresiones optometrista comportamental, así como la referencia al tratamiento de lateralidad y desarrollo motor, reflejos primitivos, porque respetaban los principios de veracidad y existía evidencia científica sobre ellas.

A) Tras insistir en ese planteamiento, destaca la demanda, que, en el texto publicitario propuesto, no habla en ningún momento de terapia comportamental, al señalar que lo que se afirma es que la demandante es optometrista comportamental, como una forma de definir su modo de entender la optometría, no debiéndose confundir ambos términos, porque no eran lo mismo.

Resalta como desarrolla la demandante su actividad profesional, la práctica diaria de la profesión que, se dice, lo es con interrelación constante con diferentes profesionales, psicología, fisioterapia, incluso podología, remitiéndose al estudio científico que acompaña como documento nº 4, donde se recoge la definición de lo que es un optometrista comportamental.

Tras remitirse a antecedentes que ya se aportaron al expediente, la demandante destaca que el óptico optometrista, con los conocimientos formativos que refiere, puede tratar la disfunción y restablecer al paciente de su carencia.

Se califican de desleales, además de injustas, las manifestaciones genéricas realizadas por la administración en la resolución recurrida, cuando alude de forma genérica, a términos tan peyorativos como pseudoterapia, sin concretar ni realizar alegaciones concretas sobre que la demandante ponga a practica la misma, insiste

en destacar la evidencia científica de los problemas de emisión que refiere la evidencia científica de la terapia visual como tratamiento.

Entre otras consideraciones, destaca, respecto al contenido de la resolución recurrida, que el texto propuesto por la demandante, únicamente hacía referencia al método SENA, que no tenía la categoría de medicamento, como se acredita con certificado del Ministerio de Sanidad, obrante al folio 75 del expediente, por lo que no era un producto sanitario, precisando que no va dirigido a persona normo oyentes, por lo que no es un producto para alguien que tenga una patología auditiva.

Insiste en que, por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación del RD 1551/2009, de 16 de octubre que regula los productos sanitarios, y por ello, fuera de la competencia de la comisión de control de publicidad sanitaria.

B) En el segundo aspecto, en el que incide tras la referencia a optometrista comportamental, en concreto en relación con el tratamiento lateralidad y desarrollo motor, reflejos primitivos, y la supresión acordada por no estar comprendido en la orden de 26 de diciembre de 1997, defiende que son disfunciones que se pueden tratar por el Óptico Optometrista, con remisión al documento 6.1, estudio realizado por la demandante sobre lectura, desarrollo motor, lateralidad, donde se dice que concluye que es relevante que las pruebas se realicen por Óptico Optometrista, aludiendo a estudio dirigido por la doctora Valentina, Licenciada en Medicina y Cirugía por UZ, donde realizó curso de doctorado en neurología; añade que posteriormente obtuvo el título de PH. D. en Optometría por OIU y se especializó en Medicina de la Educación Física y Deporte, y era subdirectora del Centro de Optometría Internacional, siendo la responsable de la terapia visual en deportistas de diversos organismos.

Defiende con ello, que el Óptico Optometrista con estos conocimientos formativos puede tratar tal disfunción y restablecer al paciente de su carencia.

Califica también de injusta la actuación recurrida, en relación con las manifestaciones que se realizan por la Administración, cuando se utiliza lo que considera término peyorativo en cuando a la referencia pseuterapia, trasladando alegaciones complementarias, incluso en relación con el mérito auditivo SENA, considerado método veraz, para señalar que la demandante en su texto únicamente hacía referencia al método SENA, desta-

cando que no tenía categoría de medicamento, no era producto sanitario, sobre lo que posteriormente asimismo a ello nos vamos a referir en otro motivo de la demanda, por ello para insistir que estaría fuera del ámbito de los productos sanitarios, fuera de la aplicación del Real Decreto 1591/2009.

Tras ello, en el fundamento octavo de la demanda se defiende por la demandante, que lo que propone publicar en la página web, es un método de estimulación auditiva, Sena System, dirigido únicamente a personas normo oyentes, que no padecen ningún problema auditivo, reiterando que no es un producto sanitario.

En este ámbito insiste en reiterar argumentos, para acabar concluyendo que ella tiene plenas competencias en la materia, así como que el texto propuesto respeta fielmente el principio de veracidad.

7.- El fundamento decimo de la demanda se refiere a lo debatido ya sobre la falta de motivación de la resolución de 26 de enero de 2021, como se alegó con el recurso de alzada, defendiendo que es una resolución que limitó el derecho de defensa de la demandante, por desconocer las causas por las que la Administración determinaba que las expresiones contenidas en la resolución, limitándose a acordar su supresión por el principio de veracidad y sin concretar porqué y sin razonar los motivos por los que tendría que no se respetaba el mismo, por ello se reitera con la demanda que careció de la posibilidad de rebatir la resolución en igualdad de condiciones, con respecto a quien resolvió.

8.- En el fundamento undécimo, achaca a la resolución recurrida, la desestimatoria del recurso de alzada, que no realizó pronunciamiento expreso sobre la supresión propuesta en la resolución de 26 de enero de 2021, consistente en suprimir la expresión de Centro Avanzado Optometría, también por el principio de veracidad.

Señala que tanto en la propuesta del Gobierno Vasco al recurso de alzada, como la quinta delegación Regional del Colegio de Ópticos Optometristas, realizan alegaciones en términos idénticos.

En relación con esas alegaciones, señala la demandante que lo que se defendió es que se trataba de una precisión subjetiva de la demandante, sin atisbo de veracidad, aludiendo a una certificación validación periódica de la colegiación (VPC), como forma de acreditar la prueba más objetiva posible sobre la actualización de formación, si bien se reconoce que no es obligatorio en

la actualidad, destacando que si no es obligatorio es sorprendente que sea la única herramienta para valorar la actuación.

Tras ello, describe de forma amplia que la demandante ha impartido e imparte cursos sobre terapia visual, algunos publicados incluso en la página web del Colegio Nacional de Ópticos Optometristas, con remisión al bloque documental 8, a la publicación de artículos científicos, bloque documental 6, además de impartir formación a través de charlas científicas en centros escolares, privados o públicos, a padres y profesorado, considerando que son pruebas objetivas del brillante y dilatado currículum de la demandante, sumado a su formación continua y su aplicación práctica, que se dice, permite afirmar que, desde el punto de vista objetivo, la demandante es un centro avanzado en optometría, insistiendo en que todo ello se aplica en la consulta con el mayor rigor científico, siendo las terapias que aplican las más innovadoras.

Por ello, concluye que afirmar que el centro de la demandante es un centro avanzado en optometría es completamente veraz, prudente y respetuoso con el principio de veracidad.

9.- El fundamento duodécimo de la demanda, señala que la resolución recurrida tampoco hace pronunciamiento expreso sobre la supresión propuesta en la resolución de 26 de enero de 2021, consistente en suprimir el Anexo 3 por falta de acreditación y por no avalar alguna de las especialidades.

Alude a dislate en este caso, añadiendo que el formulario de solicitud de autorización previa a la publicidad sanitaria que presentó la demandante, se componía del formulario oficial del Gobierno Vasco, en segundo lugar, de una serie de anexos, cinco, entre ellos el anexo 3, que recogía, a modo ilustrativo una serie de artículos científicos o publicaciones en Universidades, donde figuraba alguno de los términos empleados en la publicidad, anexo no publicitado, ni se pretendía su publicitación, ni en la página web, ni en radio, televisión, ni en ningún otro medio de comunicación, como así se destaca.

Insiste que el anexo 3 no está publicitado, ni incluido en ninguna parte del texto propuesto por la demandante, porque se dice, se acompañó, únicamente a efectos ilustrativos, por lo que nada se tendría que recoger en la resolución sobre esta cuestión, y por ello se habla de extralimitación y pronunciamiento impropio.

10.- Por último, en el fundamento decimotercero la demandante añade que, en el texto publicitario propuesto, en concreto en el contexto del extenso mensaje sobre el concreto problema visual de ambliopía, propuso "los ojos vagos-ambliopes y/o estrabismos tienen un gran éxito de mejora en la terapia visual", añadiendo que todos los pacientes tratados se ha evitado el parche mediante la práctica de ejercicios y también evitar así regresiones en el tiempo una vez realizado el tratamiento.

Dice que la resolución de 26 de enero de 2021 incluyó la propuesta de eliminar en relación con la ambliopía toda referencia que plantee la terapia visual como alternativa al tratamiento con parche, para entender que no existen ensayos clínicos controlados y aleatorizados, que avalen tan afirmación, se dice que es una afirmación realizada desde no solo la experiencia diaria de la demandante en el gabinete, donde presta sus servicios, añade que, cada vez serían más los estudios que ahondan en tal dirección, remitiéndose al bloque documental nº 9, artículos científicos 3, que se califican de importantes y relevantes sobre el particular, que confirmarían que el uso de la práctica de la terapia visual, es muy beneficioso, estudios a los que se remite.

TERCERO.- Contestación de la Administración General de la Comunidad Autónoma de País Vasco.

Interesa la desestimación del recurso y confirmación de la resolución recurrida.

1.- En relación con lo debatido sobre la inadmisibilidad, sobre lo que razonó la resolución recurrida y lo trasladado con la demanda, señala que lo relevante es que en el fundamento séptimo de la resolución recurrida dio respuesta a las impugnaciones en las que incidía lo debatido sobre la inadmisibilidad, añadiendo que en la parte dispositiva o resuelve de la resolución recurrida, que dio respuesta al recurso de alzada, no se contiene pronunciamiento alguno de inadmisión en relación con las impugnaciones en cuestión.

2.- Tras ello indica que la resolución recurrida suprime del formulario de solicitud la inclusión terapia visual, que incluyó la demandante en el apartado de profesionales sanitarios, sustituyéndola por la de óptico optometrista, que así debe ser por razón del principio de veracidad.

Añade consideraciones sobre la expresión terapia visual, enlazando con lo que ya razonó la resolución recurrida, y se remite a las pautas de la Ley 44/2003 de

Ordenación de las Profesiones Sanitarias, en concreto en el artículo 7 respecto a los ópticos optometristas, enlazando con la orden de 26 de diciembre de 1997, que, en el ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca, se regulan las actuaciones de creación de realización de modificaciones y funcionamiento de las ópticas.

Insiste en que la pretensión de incluir referencia a terapia visual en nada afecta a la corrección que impuso la Administración, desatacando que no se recoge la terapia visual como profesión de la demandante, sino como una oferta asistencial.

Insiste y reitera que la modificación en cuestión se ha realizado de oficio, de conformidad con el principio de veracidad, aplicable también a la solicitud, porque la resolución del procedimiento ha de resolver precisamente sobre su contenido.

3.- Tras ello, rechaza los argumentos de la demanda, en relación con la exigencia de plasmar la referencia a titulación no oficial, junto a la mención Doctor Of Philosophy in Optometry y al Máster Clínico de Optometría y Terapia Visual.

Se dice que no está en cuestión que las titulaciones no son oficiales, y que el principio de veracidad impone que se especifique así en la publicidad, puesto que si no es específica puede inducir a error al posible cliente paciente, expresión que no cuestiona la validez de los cursos realizados de su interés, a la hora de ejercer la profesión, porque solo refleja la realidad de las cosas.

En relación con lo que se refiere en la demanda, respecto a la publicidad de otros profesionales, a los que no se ha exigido la coetilla no oficial, en relación con los estudios de master, se dice que no se trataría del mismo master que el que pretende publicitar la demandante, sino de otros, con otras denominaciones, por lo que el término de comparación no sería válido.

En cuanto a la alegación que la revista científica, Cuadernos Científicos del Colegio Oficial de Ópticos Optometristas de Cataluña, que publica un estudio científico donde consta el curriculum de quien se elabora en el estudio, y se recogen el estudios similares a los indicados, y sin embargo ninguno incluye título no oficial, responde la Administración que la publicación de un estudio científico es ajena al ámbito de la publicidad sanitaria, por lo que no se rige ni por la misma normativa ni los mismo principios, por lo que el termino de comparación no sería válido para los efectos pretendidos por la demandante.

4.- En cuanto a la supresión de la expresión trabajos de especialización del master clínico, se dice que se está ante un master cursado en el Centro de Optometría Internacional COI, que no es título oficial, siendo un centro privado de formación de optometría y los títulos que imparte no son oficiales.

5.- Enlazando lo traslado de que se contaba con la acreditación de la comisión de formación continua, de las profesiones sanitarias de la Comunidad de Madrid, se dice que los tratamientos de créditos por dicha comisión no es sinónimo de oficialidad ni de homologación, porque la comisión evalúa a los profesores y contenidos del curso, en su caso, concede créditos a los alumnos que lo han superado, pero ello no le convierte en oficial.

Añade que el master privado en cuestión no habilita ni capacita para el tratamiento de la terapia visual, terapia que se encuentra dentro de las funciones profesionales para las que habilita la posesión del título universitario de óptico optometrista.

6.- En cuanto a que la resolución impugnada suprime la expresión optometrista comportamental, por el principio de veracidad, por ser una especialidad inexistente, añade que también se suprime la expresión lateralidad y desarrollo motor, reflejos primitivos, por no estar comprendidos en orden de 26 de diciembre de 1997.

Se parte de que la demandante no discute que no exista la especialidad de optometrista comportamental, lo que se alega, es que es una expresión que describe la forma de entender y tratar los problemas de visión.

Alude por la Administración a que el código deontológico de la profesión óptico optometrista, determina que mientras no existan especialidades optométricas reconocidas como tales, el óptico optometrista no incluirá en su promoción o publicidad alusiones a pretendidas especiales que no son oficiales.

7.- Tras ello responde a las alegaciones de la demanda, en relación con el estudio científico al respecto, que se aportó como documento número 4, que para administración nada aporta a la cuestión, porque la resolución recurrida simplemente resuelve que como no es una especialidad oficial, en virtud del principio de veracidad, debe suprimirse la expresión publicidad sanitaria, lo que justifica la supresión de la expresión optometrista comportamental, por ser especialidad inexistente. Tras ello se remite al informe de la sociedad Española de Optometrista y enlaza con las pautas de la

referida orden de 26 de diciembre de 1997, sobre autorizaciones de creación, realización de modificaciones y funcionamiento de las ópticas, que se publicó en el BOPV de 20 de enero de 1998, donde se recoge en su artículo 2 la definición y actividades, para destacar que ninguna actividad relacionada con el desarrollo motor que realiza el niño durante el primer año de vida, ni con el movimiento, movimiento rítmico, ni con relación a los reflejos primitivos de los niños, ni relaciona con movimientos rítmicos o sistemas motrices esta prevista en la orden.

Se responde a la invocación que realiza en la demanda, del estudio sobre lectura, desarrollo motor y lateralidad, realizado por ella en la Bircham University, trasladando que son trabajos realizados en el marco de los estudios realizados en dicha universidad, por los que obtuvo un título no oficial, que consta al folio 113 reverso del expediente, de fecha octubre 2011, por ello estudio que no puede desvirtuar lo que estableció la orden referida de 26 de diciembre de 1997.

En este ámbito, nuevamente se remite a la Sociedad Española de Optometría, el informe referido que advertía del escaso o nulo nivel de evidencia científica, de herramientas como la terapia de reflejos primitivos, la terapia de movimientos rítmicos, y se reconoce que no corresponde a la Comisión de Control de la Publicidad Sanitaria, decidida acerca de la evidencia científica o la efectividad de determinadas técnicas o productos, pero si tratar de que la publicidad responda a criterios de veracidad, velando por que no se produzca confusión entre quienes van a utilizar servicios sanitarios.

8.- En cuanto a la supresión de toda referencia al método SENA, por no ser competencia del óptico optometrista, esto es, el Sistema de Estimulación Neuro Auditivo, se remite a lo ya debatido en relación con el contenido del expediente y la resolución recurrida, para concluir que con independencia del posible encaje de dicho método dentro de un producto o actividad sobre la que no existe evidencia de sus efectos beneficiosos para el ser humano, con lo que se incurriría en la prohibición del artículo 44 de la Ley 44/2003 de ordenación de la profesiones sanitarias.

Precisa que lo cierto es que el establecimiento de la demandante carece de autorización para llevar a cabo actividades relacionadas con la audición, ni consta que cuente con titulación requerida para actividad relacionada con la audición, por lo que la resolución recurrida sería conforme a derecho en cuanto a la supresión de toda referencia al citado método Sena.

9.- En cuanto que la resolución recurrida suprime el apartado diagnósticos de problemas de aprendizaje, así como los síntomas relacionados con la audición y los síntomas relacionados con la psicomotricidad, por falta de competencia, se remite a lo ya decidido por la resolución recurrida, en relación con los antecedentes y soporte que traslada la demanda, para destacar que la demandante, en ningún momento defiende expresamente la capacidad para diagnosticar y tratar problemas de aprendizaje, por parte de los ópticos optometristas, remitiéndose a los argumentos referidos a supresión de la expresión diagnósticos de problemas de aprendizaje en la publicidad.

Respecto a la supresión de los apartados síntomas relacionados con la audición y síntomas relacionados con la psicomotricidad, se insiste en la falta de capacidad, remitiéndose a lo previamente razonado, con remisión a la orden de 26 de diciembre de 1997, que no contempla ninguna función profesional realizada con la audición ni con la psicomotricidad, entre las actividades que se pueden llevar a cabo en las ópticas, añadiendo que el decreto 31/2006, de 21 de febrero, de autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, establece la obligación de los titulares de los establecimientos sanitarios de garantizar que en el mismo se presta la atención sanitaria, amparada por la oferta asistencias autorizada.

10.- Tras ello responde al debate referido a la supresión de la expresión centro avanzado en optometría, por el principio de veracidad, ello en relación con el marco normativo de aplicación y ratifica las conclusiones que, de la resolución recurrida, volviendo a lo defendido con demanda de que la expresión centro avanzado en optometría sería veraz, prudente y respetuoso con el principio de veracidad en relación con la formación y cursos impartidos.

Defiende que en este caso no existía prueba objetiva que acreditara la objetividad de la expresión centro avanzado de optometría, entendiendo que no es una prueba imposible, para señalar que lo invocado (cursos impartidos, artículos publicados y formación impartida) podía haberlo validado mediante el denominado Proceso de Validación Periódica Colegial Optométrica (VPC) mediante solicitud al Consejo General de Ópticos Optometristas (CGOP), que si bien de momento es un proceso voluntario, representa una vía idónea para acreditar de forma objetiva la actualización de conocimiento pues certifica una buena praxis, la vida laboral y la Formación médica continua y el desarrollo profesional continuo.

Añade que en este proceso el CGOP comprueba además el cumplimiento de los requisitos o estándares de calidad previamente definidos de un programa, una actividad docente o científica, proyectos de investigación científica, presentaciones en Congresos o publicaciones.

11.- En cuanto a la supresión del anexo 3 por falta de acreditación y no avalar alguna de las especialidades citadas, responde al planteamiento de la demanda, que de lo que en ella se alega se desprende que la demandante carece de un interés concreto en la impugnación de la resolución administrativa, lo que se dice, no cabe ahondar en la defensa de la supresión, remitiéndose a la justificación que dio en la resolución recurrida.

12.- Por último, en relación con la supresión respecto a la ambliopía u ojo vago, toda referencia que se plantea la terapia visual como alternativa al tratamiento con parche, por el principio de veracidad, por no existir ensayos clínicos controlados y aleatorios que avalen dicha afirmación, se remiten a la justificación que dio la administración.

En este ámbito destaca, estando a los antecedentes, que en recurso de alzada interpuesto por la recurrente realizó alegaciones contra la modificaciones y supresiones impuestas, salvo contra la supresión del termino osteópata colegiado, y contra la supresión de toda referencia en la que se plantea la terapia visual como alternativa al tratamiento con parche, al no existir ensayos clínicos controlados y aleatorios que avalen la afirmación, supresiones que se dice acata, respecto a las cuales manifestó expresamente que no eran objeto del recurso de alzada, sobre lo que resalta que se reiteró así en el hecho tercero in fine de la demanda.

Destaca la relevancia de que la demandante ha manifestado expresamente su conformidad con la supresión, acatándola, por lo que las alegaciones que realiza en el fundamento décimo tercero de la demanda vulnerarían la doctrina de los actos propios y por ello deben ser desestimadas.

Con carácter subsidiario, para el supuesto de que la Sala no comparta tal posición se responde a las alegaciones de la demanda, destacando que la resolución recurrida únicamente suprime de la publicidad la referencias a la terapia visual, que se plantea como alternativa al tratamiento del parche, pero ningún reproche se realiza respecto a la terapia visual. Tras ello tiene presente la documentación que presenta la demandante, en defensa de lo que defiende, destacando que

la supresión está justificada en el posicionamiento sobre pseudoterapias en rehabilitación y terapia visual emitido por la Sociedad Española de Optometría, con remisión a los folios 162 a 169 del expediente, a lo que expone con respecto a la terapia visual aplicada a la ambliopía u ojo vago.

13.- Por último, en relación con la alegación de falta de motivación de la resolución recurrida en alzada, dice que expone escuetamente los motivos por los que modifica o suprime determinadas expresiones o referencias, señalando que la recurrente en el escrito de recurso de alzada explico claramente las razones de su discrepancia con dichas modificaciones o supresiones aportando documentación en apoyo de sus alegaciones, lo que para la Administración determina que ha conocido y ha comprendido perfectamente las razones por los que la resolución de impuso dichas modificaciones supresiones en el mensaje publicitario propuesto, por lo que se rechaza que se haya producido indefensión material.

CUARTO.- Contestación del Colegio Nacional de Ópticos-Optometristas, Delegación Regional nº 5.

Interesa de la Sala que dicte sentencia por la que, por un lado, inadmita el recurso en lo relativo a las modificaciones propuestas y contenidas en la resolución del Director de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria, de 19 de octubre de 2019.

Añade alegaciones complementarias, en concreto destaca que ni el Colegio de Ópticos Optometristas es competidor de la demandante, ni el Colegio ejerce la profesión de Óptica, ni es el que dicta la resolución autorización de la publicidad, para enlazar con lo que se considera necesidad de cumplir las normas y precisiones sobre las publicaciones de artículos científicos.

En el apartado de hechos, tras adherirse a lo traslado con la contestación de la administración, hace una extensa exposición, enlazando con el contenido del expediente en relación con los apartados en debate.

En la fundamentación jurídica justifica la petición de inadmisibilidad parcial, soportado en que así sería como consecuencia de no recurrir dentro del plazo legalmente establecido la resolución de 16 de octubre de 2019, enlazando con el artículo 122.1 de la Ley 39/2015, y el artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Tras ello, responde, con el marco normativo de aplicación, a los argumentos de la demanda, en el fondo, para insistir en lo que razonó la

resolución recurrida y lo que ha defendido la administración en su contestación.

Los fundamentos jurídicos inciden en la normativa de aplicación, el Decreto 550/1991, de publicidad sanitaria en la Comunidad Autónoma, enlazando con la legislación estatal en materia de publicidad, que es por lo que se hace cita a continuación a las limitaciones impuestas por la Ley 14/1986, General de Sanidad, de la Ley 26/1984, General para la defensa de consumidores y usuarios, así como las limitaciones impuestas por la Ley 44/2003, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias y las limitaciones impuestas por el código deontológico óptico optometrista que se aprobó por el pleno del consejo general en reunión de 14 de junio de 2019, que se dice la demandante tiene el deber de conocer y cumplir, enlazando con consideraciones en relación con la terapia visual

Así mismo alude a la orden de 26 de diciembre de 1997, del Consejo de Sanidad, a la que nos hemos referido, en relación con la normativa en la que incide, para avanzar a las limitaciones impuestas por la Ley 18/1997, de Ejercicio de Profesiones Tituladas y Colegio y Consejos Profesionales de la Comunidad Autónoma, para enlazar con el ámbito formativo, con el RD 822/2021, que establece la organización de las enseñanzas universitarias y el procedimiento de aseguramiento de su calidad, que sustituye al RD 1393/2007, para enlazar con el RD 1002/2010, de 5 de agosto, que se ocupa de la expedición de títulos oficiales destacando la limitación de la denominación como tal título oficial.

También tiene presente la normativa en materia de protección de derechos de los alumnos en educación, ello en relación con la Bircham International University, que por tener sede en Madrid es directamente de aplicación el Decreto 84/2004 de 3 de mayo, que regula el derecho a la información y protección de los derechos económicos de los alumnos que cursan enseñanzas no regladas.

QUINTO.- Precisiones iniciales en relación con lo debatido.

1.- Como se está debatiendo sobre la conformidad o no a derecho de la resolución recurrida, recaída en el ámbito de la regulación sobre la publicidad sanitaria, debemos partir de la relevancia del marco normativo aplicable y del principio de veracidad, como tuvo presente la resolución recurrida en su fundamento jurídico tercero, sobre lo que existe conformidad entre las par-

tes, fundamento jurídico en el que se razonó como sigue:

" [...] conviene tener presentes las limitaciones que a la publicidad sanitaria imponen, además del principio de veracidad argüido con tanta reiteración por esta Administración, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias y por el código deontológico del óptico-optometrista vigente (aprobado en pleno del CGOO el 14 de junio de 2019).

Así, el principio de veracidad, que está en la base de la supresión y sustitución de algunas de las expresiones que nos ocupan, es el principio que impera en materia de publicidad y sobre todo en la publicidad sanitaria. Mediante este principio se pretende evitar que las afirmaciones contenidas en los mensajes publicitarios no guarden relación con la realidad de las cosas y que dichos mensajes no induzcan a error a las personas interesadas en contratar los servicios de los profesionales.

Reflejo esencial de este principio es la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, cuyo artículo 44 se refiere en concreto a la publicidad sanitaria en el ámbito del ejercicio profesional privado, exigiendo que la publicidad sea objetiva, prudente y veraz, y limitando la publicidad de las técnicas que no cuentan con evidencia científica. Dicho artículo dice así.

Artículo 44. Publicidad del ejercicio profesional privado.

La publicidad de los servicios y prestaciones ofrecidos al público por los profesionales sanitarios deberá respetar rigurosamente la base científica de las actividades y prescripciones, y será objetiva, prudente y veraz, de modo que no levante falsas esperanzas o propague conceptos infundados.

Los profesionales sanitarios podrán facilitar a los medios de comunicación, o expresar directamente en ellos, informaciones sobre sus actividades profesionales, siempre que la información facilitada sea verídica, discreta, prudente y se manifieste de manera fácilmente comprensible para el colectivo social al que se dirige.

No podrán ser objeto de publicidad las actividades o productos sanitarios no autorizados, o sobre los que no exista evidencia de sus efectos beneficiosos para el ser humano, quedando prohibida la publicidad de productos y servicios de carácter credencial y de los produc-

tos-milagro. El incumplimiento y, en su caso, la sanción que corresponda, de lo dispuesto en los apartados anteriores se exigirá de acuerdo con la Ley 14/1986, General de Sanidad, y, en lo que sean de aplicación, con las Leyes 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y 34/1988, General de Publicidad.

Con base en estas determinaciones legales, la Comisión de Control de la Publicidad Sanitaria, en virtud de las funciones reconocidas en el art. 7 del Decreto 550/1991, acordó, entre los criterios adoptado en sus reuniones plenarias, que "la publicidad de los servicios y prestaciones ofrecidos al público por los profesionales sanitarios deberá respetar rigurosamente la base científica de las actividad y prescripciones, y será objetiva, prudente y veraz, de modo que no levante falsas esperanzas o propague conceptos infundados", y en base a ello, suprimir expresiones superlativas y excluyentes respecto al resto, máxime cuando dicha cualidad puede obedecer única y exclusivamente al criterio subjetivo del anunciante. La misma exigencia se contiene en el Código Deontológico del Óptico-Optometrista.

Pues bien, es el prisma que nos ofrecen estas normas y criterios bajo el que debemos analizar la resolución recurrida y las alegaciones de la recurrente. Dicho estudio se hará por el orden planteado por la propia interesada ".

2.- Tras ello, debemos destacar que no tienen relevancia, en relación con la decisión que ha de tomar la Sala, las precisiones y consideraciones que hace la demandante en su alegato previo del escrito de conclusiones, en relación con lo trasladado a los autos por la codemandada, por el Colegio Nacional de Ópticos-Optometristas, Delegación Regional nº 5, cuando defiende que en la contestación no se había limitado a motivar los razonamientos de hecho y de derecho por los que estaría en desacuerdo con la demanda, sino que incorporaría afirmaciones genéricas sobre cuestiones ajenas al objeto del procedimiento, sobre todo en relación con la definición de las pseudoterapias y la forma en las que debe ejercitar la profesión sanitaria, porque con ello se pretendía generar dudas sobre la praxis profesional de la demandante, su formación y su buen nombre, lo que sería una actuación reprochable e impropia de cualquier colegio profesional.

3.- A continuación debemos precisar, en relación con la delimitación del ámbito de lo que debe decidir la Sala, que si bien la resolución inicial recurrida, la de 26 de enero de 2021 del Director de Ordenación y Evalua-

ción Sanitaria, que respondió a la solicitud de autorización de publicidad sanitaria de 15 de enero de 2021, incorporó once apartados en relación con lo que identificó como modificaciones en respuesta a la solicitud de autorización de publicidad sanitaria, la séptima y la décima no son objeto de debate, en relación respectivamente con: suprimir la expresión "osteópatas colegiados", por no existir ni la profesión ni un colegio oficial de osteópatas y toda referencia en la que se plantee la "terapia visual" como alternativa al tratamiento con parche para el "ojo vago", por no existir ensayos clínicos controlados y aleatorizados que avalen dicha afirmación. Ello porque esos pronunciamientos de la resolución inicial deben considerarse firmes y consentidos, porque así expresamente se plasmó en el recurso de alzada, incluso a ello se refiere la demandante en el hecho tercero de la demanda. Sin perjuicio de que, como recogíamos en relación con el contenido de la demanda, en ella, en su parte final, se hacen consideraciones sobre la modificación propuesta en el apartado diez, sobre los que no se incide en el escrito de conclusiones, en el que sí se hace una refundición de los alegatos de la demanda, exponiéndolos en el orden que la Sala va a dar respuesta a continuación.

4.- Añadiremos que la Orden de 26 de diciembre de 1997, del Consejero de Sanidad, por la que se regularon las autorizaciones de creación, realización de modificaciones y de funcionamiento de las ópticas, no se encuentra plenamente derogada por el Decreto 31/2006, de 21 de febrero, de autorización de los Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios, dado que dicho Decreto, en su Disposición Derogatoria Segunda 4, si bien la deroga, lo es exclusivamente en lo que se oponga al Decreto, no estando en cuestión que sobre los aspectos en debate no incide la derogación en los singulares términos que el Decreto la acordó, en concreto en relación con la relevancia en el supuesto de autos del artículo 2 de la Orden sobre definición y actividades que pueden realizar las ópticas.

5.- Tras ello destacamos que la respuesta que dará la Sala lo será teniendo presente el contenido de la solicitud de autorización administrativa de publicidad sanitaria, en relación con el formulario oficial, con el contenido que consta en el expediente en los folios 100 y siguientes.

SEXTO.- Desestimación de la inadmisibilidad parcial del recurso en relación con los términos "centro avanzado en optometría", "optometría comportamental", "lateralidad y reflejo motor (reflejos primitivos)". A continuación, por su carácter preferente, la Sala tiene que

responder al planteamiento de inadmisibilidad parcial del recurso, que incorpora la contestación del Colegio codemandado, soportada en que en el expediente en el que recayeron las resoluciones recurridas en el presente recurso jurisdiccional, en concreto en la inicial de 26 enero de 2021, se había producido reiteración de decisión previa firme y consentida, en concreto en relación con los términos "centro avanzado en optometría", "optometría comportamental", "lateralidad y reflejo motor (reflejos primitivos)", porque así ya se había impuesto la limitación en la previa resolución de 16 de octubre de 2019, de autorización de publicidad sanitaria, resolución que consta a los folios 116 a 118 del expediente.

La referida resolución de 16 de octubre de 2019 acordó, plasmando que lo era de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable, que debía renovarse cada cinco años o antes de ese periodo si se produjera alguna modificación que alterara de modo sustancial el contenido del mensaje publicitario, por ello en estricta aplicación de lo plasmado en el artículo 10 del Decreto 550/1991, de 15 de octubre, por el que el Gobierno Vasco reguló la publicidad sanitaria, según modificación dada por el Decreto 7/1996.

El escrito de conclusiones de la demandante, respecto a la pretensión de inadmisibilidad ejercitada por el Colegio codemandado, destaca:

(i) Que lo hace en contraposición con el criterio del Gobierno Vasco.

(ii) Que la resolución recurrida de 26 de enero de 2021 dio respuesta a todas las cuestiones planteadas con el recurso de alzada, por lo que el Gobierno Vasco llega un pronunciamiento desestimatorio, sin contener pronunciamiento de inadmisión referido a concretas impugnaciones.

(iii) Que el Gobierno Vasco se aquietó a reconocer la improcedencia de la causa de inadmisión alegada, por lo que procede entrar en el análisis de la cuestión de fondo, sobre la totalidad de las supresiones y modificaciones requeridas por la administración en la resolución que se recurre.

Tenemos que recordar, que ya incluso la demanda hizo consideraciones en relación con la inadmisibilidad, respecto a lo que había razonado la resolución recurrida, y ello al partir de lo que en ella se plasmó en su fundamento jurídico segundo, en el que se razonó lo que sigue:

"En primer lugar, conviene aclarar que, tal y como refleja la relación de hechos, algunos de los términos cuya utilización publicitaria se rechaza en la resolución de 26 de enero de 2021, fueron ya objeto de análisis y denegación en el año 2019. La Resolución de 16 de octubre de 2019 no fue recurrida en plazo, por lo que de acuerdo con lo que establece la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, devino firme y consentida (artículo 122.1) y, en ese sentido, está plenamente vigente hasta que transcurran cinco años desde el momento en que empezó a desplegar sus efectos, es decir, hasta octubre de 2024.

Entiende este órgano que presentar dos años después una nueva solicitud de autorización de publicidad sanitaria pretendiendo la utilización de algunos de los términos ya denegados, no es sino un modo de burlar dicha firmeza y, en consecuencia, entendemos que se incurre en una causa de inadmisión de la pretensión de la recurrente por lo que hace a dichos términos (los reflejados en el punto segundo de la relación de hechos).

Dicha causa de inadmisibilidad ha sido interpretada por la jurisprudencia, en múltiples sentencias que constituyen unidad de doctrina, en el sentido de que un acto es reproducción o confirmación de otro anterior consentido y firme cuando concurren los siguientes requisitos: a) que el contexto de ambas decisiones sea idéntico, de tal forma que la segunda reproduzca el de la primera; b) que ambas se hayan dictado en presencia de los mismos hechos y en fuerza de iguales argumentos; c) que la segunda recaiga sobre pretensiones resueltas de un modo ejecutivo por la resolución anterior y con relación a idénticos interesados; d) que en la dictada últimamente no se amplíe la primera con declaraciones esenciales ni por distintos fundamentos

En realidad, la razón por la que en enero de este año no se inadmitió la solicitud de la Sra. Esther en su conjunto es porque se pretende la utilización en el mensaje publicitario de expresiones que no habían sido objeto de estudio y posicionamiento anterior por parte de este Departamento, por lo que procedía hacerlo en ese momento".

Como se está debatiendo sobre una causa de inadmisibilidad, aunque lo sea parcial, en este caso en relación con el supuesto del artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción, por estar ante la reproducción, aunque lo sea de forma parcial, de acto previo firme y consentido, ha de partirse de la aplicación restrictiva, por lo que implica en relación con la exclusión de un previo pronun-

ciamiento de fondo, unido a que en el presente caso se dan circunstancias que deben conducir al rechazo de la inadmisibilidad parcial pretendida por la codemandada, recordando que la Administración, en su contestación, no la interesó.

Por un lado, al partir de que, si bien las autorizaciones de publicidad sanitaria tienen una vigencia de cinco años, lo es siempre que no se produzcan modificaciones que alteren de modo sustancial el contenido del mensaje publicitario ya autorizado o las circunstancias de su otorgamiento, imponiendo que se solicite la renovación transcurrido el plazo.

Hay que recordar que el plazo inicialmente es un plazo de garantía para quien obtiene la autorización, y la exigencia de nueva autorización, antes del vencer el plazo, está vinculado a que se produzcan modificaciones que alteren el contenido sustancial del contenido del mensaje o de las circunstancias del otorgamiento, debiendo significar aquí, por un lado, que relevante es que la resolución inicial recurrida de 26 de enero de 2021, del Director de Ordenación y Evaluación Sanitaria, que respondió a la solicitud de autorización publicidad sanitaria presentada el 15 de enero de 2021, no apreció la inadmisibilidad parcial a la que posteriormente se refirió la resolución que desestimó el recurso de alzada, aunque con la relevancia de que en ella no se llegó a ningún pronunciamiento de inadmisión parcial, unido a que incluso razona sobre la mayoría de los aspectos en los que se incide por la parte codemandada al defender la inadmisibilidad parcial del recurso.

Entre otras consideraciones, en este ámbito no puede considerarse de menor entidad lo que defiende la demandante, en el sentido de que la resolución de 2019 incidió en la autorización de publicidad sanitaria exclusivamente dirigida a la página web, cuando con la nueva solicitud, tras la que recayeron las resoluciones aquí recurridas, como expresamente se plasma en el Anexo 2 del apartado referido a texto íntegro de mensaje publicitario, también se refiere a publicidad en medios auditivos de radio, televisión y otros medios de comunicación.

Añadiremos que de los antecedentes que refleja el expediente no puede desconocerse que apreciar la inadmisibilidad parcial de lo pretendido, lo sería tras la interposición del recurso de alzada por la demandante, que vendría en el fondo a introducirnos en limitación análoga a la se deriva de la prohibición de la reformatio in peius con el recurso de alzada, en los términos que regula la Ley 39/2015 en el art. 119.3.

Todo ello, al margen de las conclusiones que se puedan extraer de los antecedentes que reflejan el expediente y los autos, singularmente la prueba aportada por el Colegio codemandado, con los que se puede apreciar que tras la resolución de 16 de octubre de 2019, con las modificaciones y supresiones que se impusieron en la publicidad sanitaria, que existen escritos de denuncia, nos referimos a los de 1 de marzo y 30 de septiembre de 2020, que habrían podido tener incidencia en relación con la nueva solicitud que se presentó el 15 de enero de 2021, tras la que recayeron las resoluciones recurridas y que es lo que incide el presente recurso jurisdiccional.

Por todo ello, la Sala ratifica el rechazo de la inadmisibilidad parcial pretendida por el Colegio codemandado.

SÉPTIMO.- La decisión de la administración recurrida está motivada.

A continuación, por su naturaleza, con carácter previo a responder a la inadmisibilidad parcial y a los motivos sustantivos de la demanda, daremos respuesta al argumento que incorpora la demanda en el fundamento décimo, referido a la falta de motivación.

En cuanto a la motivación de las resoluciones administrativas, la STS de 13 de septiembre de 2013, casación 3841/2012 se refiere a la jurisprudencia constante en la materia, en los siguientes términos [- trasladable a la regulación hoy vigente de la Ley 39/2015-]:

"El fundamento y alcance de la motivación de las resoluciones han sido declarados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los siguientes términos: "El sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y el control que corresponde a los Tribunales de la legalidad de la acción administrativa y de ese sometimiento a la Ley demandan la motivación de los actos administrativos en garantía de la seguridad jurídica, de la igual aplicación de la Ley y del derecho a la igual protección jurídica (art. 9.1 y 103.1 de la Constitución).

Pero con independencia de estas funciones, esta Sala viene reiteradamente insistiendo en la necesidad que el administrado conozca el fundamento, circunstancias o motivos del acto que le interesa y que debe realizarse con la amplitud necesaria para su debido conocimiento y posterior defensa (sentencias de 9 de Febrero de 1987 y 17 de noviembre de 1988) con lo que la moti-

vación del acto administrativo se conecta con el derecho fundamental a la tutela efectiva y al derecho de defensa" (sentencia de 25 de junio de 1999).

Ahora bien, como también señala el Tribunal Supremo, ello no implica un razonamiento exhaustivo sino que es suficiente una referencia sucinta a los hechos y fundamentos de derecho, provocando la anulación del acto en cuestión sólo cuando haya causado indefensión al interesado.

En tal sentido se pronuncia entre otras la sentencia de 7 de junio de 1999: "El artículo 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo establecía -como ahora lo hace el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- que el defecto de forma solo determinará la nulidad del acto cuando carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados, de modo que, en este último caso, ha de constatarse una auténtica situación de indefensión material de los recurrentes, que no se produce en el supuesto de que la motivación, aunque sea sucinta, cumpla con las finalidades de proporcionar los elementos necesarios para una adecuada defensa frente al acto de que se trata y para su revisión en vía de recurso (sentencias de 24 de febrero de 1978, de 15 de noviembre de 1984 y de 21 de septiembre de 1998)".

El requisito de motivación de los actos administrativos lo que pretende, por tanto, es que el interesado conozca los motivos que determinan la resolución dictada y pueda rebatirlos si no está conforme con los mismos, siendo así que, como dispone el artículo 89.5 Ley 30/1992, cuando se acepten informes o dictámenes y se incorporen a la resolución, dicha aceptación servirá de motivación" (fundamento de derecho cuarto de la Sentencia de 12 de mayo de 2004, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 248/2003, y que se reitera en las demás sentencias de contraste invocadas) "

Tras ello hay que recordar que la resolución recurrida es la de 7 de junio de 2021, que desestimó el recurso de alzada, la que agota la vía administrativa, con una amplia y detallada argumentación, a la que a continuación nos vamos a referir, pudiendo concluir que el debate sobre la falta de motivación estaría dirigido a la resolución inicial, con el contenido sustancial que recogemos en el FJ 1º.

Además, como se defiende singularmente por la Administración demandada, enlazando con las conclusio-

nes de la jurisprudencia que hemos trasladado, el defecto de motivación solo es relevante, más aún en un supuesto como el presente en el que no estamos en el ámbito sancionador, cuando se produce indefensión material.

Hay que rechazar que con la respuesta que dio la resolución inicialmente recurrida, en relación con las modificaciones impuestas, en los términos que hemos recogido, no tuviera claro conocimiento de lo que se estaba trasladando a la recurrente, como se desprende de la precisa argumentación contraria que se hizo con el recurso de alzada, al que dio respuesta la resolución aquí recurrida.

Con esas precisiones, el argumento referido a la motivación debe ser rechazado.

OCTAVO- Sí cabía, en la resolución sobre publicidad sanitaria, suprimir de oficio, en el formulario, la referencia a "Terapia Visual" dentro del apartado de Profesionales Sanitarios, por ser la correcta Óptico-Optometrista.

Tras ello, pasamos a responder a los motivos que defiende la demandante, encabezándolo con la modificación primera de la resolución inicial recorrida, que acordó como modificación:

"-Por el principio de veracidad, suprimir de oficio en el formulario la inclusión de "Terapia Visual", dentro del apartado de Profesionales Sanitarias, para sustituirlo por la más correcta de "Óptico- Optometrista" ".

En relación con el primer motivo se defiende que no procede incluir en la resolución sobre publicidad sanitaria ninguna cuestión ajena al objeto del texto publicitario propuesto, por lo que pide que se suprima la modificación propuesta.

Para resolver este primer motivo debemos partir del documento de la solicitud, del formulario para la autorización administrativa de publicidad sanitaria, que consta a los folios 100 y siguientes del expediente, en concreto a lo que refleja el folio 2 del formulario, que en el ámbito del apartado 2, sobre la actividad que se declara, en este caso sanitaria, subapartado referido a profesionales de la sanidad, en el apartados otros (especificar), donde se plasma y destaca lo de "Terapia Visual".

La Sala tiene que rechazar el planteamiento de la demanda, dado que lo relevante es, como apreció la Ad-

ministración, que Terapia Visual no es una profesión sanitaria, ni es profesión sanitario, ni es profesión regulada, que es por lo que la Sala ratifica lo que razonó la resolución desestimatoria del recurso de alzada en su fundamento jurídico cuarto, que fue lo que sigue:

" Así y en cuanto a la expresión "terapia visual" reflejada en el modelo de solicitud relleno por la interesada para dar inicio al procedimiento de autorización, la resolución recurrida opta por suprimirla de oficio y sustituirla por la de "ÓPTICO- OPTOMETRISTA".

Entiende la resolución recurrida que la alusión al Óptico-Optometrista es más correcta con base en el principio de veracidad. Este órgano comparte esta opinión, en primer lugar, porque la expresión "terapia visual" no guarda relación alguna con el apartado en el que pretende incluirse, que es el referido, al tipo de profesional sanitario para el que se solicita la autorización, hasta el punto de que el apartado lleva por título "profesionales de la sanidad" (médicos/as, enfermeros/as, estomatólogos/as...). En segundo lugar, cabe afirmar que la terapia visual no es una profesión regulada y autónoma, sino que la terapia visual (basada en la evidencia científica) se encuentra dentro de las competencias profesionales propias del Óptico-Optometrista, que es el profesional sanitario al que corresponde aplicarlas.

Así lo avala la Ley 44/2003, de 21 de noviembre; de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, cuyo artículo 7 dice lo siguiente:

e) Ópticos-optometristas: los Diplomados Universitarios en Óptica y Optometría desarrollan las actividades dirigidas a la detección de los defectos de la refracción ocular, a través de su medida instrumental, a la utilización de técnicas de reeducación, prevención e higiene visual, y a la adaptación, verificación y control de las ayudas ópticas.

Asimismo, lo hace la Orden de 26 de diciembre de 1997, por la que se regulan en el ámbito de la CAE las autorizaciones de creación, de realización de modificaciones y de funcionamiento de las Ópticas (BOPV 20-1-1998), que establece lo siguiente en el artículo 2.2.d).

Artículo 2.- Definición y Actividades

2.1 A los efectos de esta Orden, se consideran Ópticas a los centros, servicios o establecimientos sanitarios que, en un local determinado, estén capacitados para la corrección o protección de la visión mediante la prestación de servicios a sus usuarios.

2.2. En las ópticas se podrán realizar las siguientes actividades:

d).- Entrenamiento, reeducación, prevención e higiene visual".

La Sala ratifica que la Administración podía controlar de oficio un aspecto referido y destacado en la solicitud, en el formulario de autorización administrativa de publicidad sanitaria, con independencia de que no se refiriera formalmente al mensaje publicitario que se proponía.

En este caso la demandante destaca que exclusivamente sería un error en la solicitud, en la confección del formulario, por lo que, de ser un error material, ninguna relevancia tendría el que se hubiera anticipado la administración a subsanarlo.

Lo relevante es que no se estaba ante un supuesto de profesional de la sanidad, siendo su localización más adecuada para plasmarlo en el apartado IV del formulario de autorización, sobre el detalle de actividades que se realizan en el centro, donde se plasmó que era consulta optométrica terapia visual, que incide en las funciones y actividades para las que se concedió autorización sanitaria de instalación y funcionamiento al centro Visuality, a solicitud de la aquí demandante, autorización por resolución de 12 de enero de 2016, de la Delegada Territorial en Bizkaia del Departamento de Salud, en la que expresamente se plasmó como oferta asistencial U.900, Otras Unidades Asistenciales, Terapia Visual, autorización que finalizaría el 12 de enero de 2021, y que se sustituyó por la posterior autorización por resolución de 6 de abril de 2021, con remisión a la misma oferta asistencial y finalización el 6 de abril de 2026, en respuesta a solicitud presentada el 9 de diciembre de 2020, que han de ponerse en relación con la fecha de solicitud de publicidad sanitaria de 15 de enero de 2021, como en relación con las resoluciones tras ella recaídas.

Por tanto la supresión de Terapia Visual en el apartado del formulario sobre profesionales de la sanidad, la Sala ratifica de forma correcta se sustituyó por Óptico-Optometrista, que enlaza con la titulación académica oficial que se plasmó en el formulario de la responsable asistencial del centro, la demandante, como diplomada en Óptica y Optometría, con la acreditación documental que incorporó con el Anexo 6, el título expedido por la Universidad de Santiago de Compostela; ello enlaza con la titulación de la responsable que figura en las autorizaciones sanitarias.

Por todo ello, este motivo de la demanda ha de ser desestimado.

NOVENO.- Fue correcto imponer la mención "titulación no oficial" en relación el título Doctor of Philosophy in Optometry y el Máster clínico de Optometría y Terapia visual.

El siguiente motivo de la demanda defiende, como se precisa en el escrito de conclusiones, que no procede acompañar a la mención "Doctor of Philosophy in Optometry" y al "Máster clínico de Optometría y Terapia visual", la mención "titulación no oficial"; subsidiariamente solicita que se acuerde la mención "Formación continuada" o "formación complementaria o privada", o la que el Tribunal entienda más acorde, por ajustarse a la legalidad vigente.

En relación con ello, la resolución recurrida razonó en el fundamento jurídico quinto como sigue:

" La recurrente define que las titulaciones "Doctor of Philosophy in Optometry" y "Master Clínico en Optometría y Terapia Visual" son títulos oficiales que cuentan con la acreditación de la Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias de la Comunidad de Madrid.

Recordemos que la resolución objeto de recurso obligaba a la interesada a acompañar la mención de dichos títulos de la especificación de que se trata de "títulos no oficiales", con base nuevamente en el principio de veracidad.

De acuerdo con lo que prevé el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, los estudios universitarios se distribuyen en 3 ciclos: el primer ciclo es el grado, el segundo ciclo es el máster/postgrado y el tercer ciclo es el doctorado. Dicho Real Decreto regula los estudios universitarios de segundo ciclo conducentes a la obtención del título de Máster, y los requisitos de obtención del título de doctorado, y sólo quienes cursan estos títulos universitarios se pueden atribuir la cualidad de máster o doctor.

Así, el Artículo 8 del mencionado Real Decreto establece que las enseñanzas universitarias conducentes a la obtención de títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional se estructurarán en tres ciclos, denominados respectivamente Grado, Máster y Doctorado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de

Universidades en su nueva redacción dada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la anterior y en este real decreto.

1. Se entiende por doctorado el tercer ciclo de estudios universitarios oficiales, conducente a la adquisición de las competencias y habilidades relacionadas con la investigación científica de calidad.

2. La superación de las enseñanzas de doctorado dará derecho a la obtención del título de Doctor o Doctora, con la denominación que figure en el RUCT.

3. La denominación de los títulos de Doctor será: Doctor o Doctora por la Universidad U, siendo U la denominación de la Universidad que expide el título. Asimismo, la expedición material del título incluirá información sobre el programa de doctorado cursado, de acuerdo con lo establecido al respecto en el Real Decreto 1002/2010, de 5 de agosto, sobre expedición de títulos universitarios oficiales.

4. Sin perjuicio de la vigencia para estas enseñanzas de lo dispuesto en las disposiciones adicionales, cuarta, quinta, sexta y disposición transitoria tercera de este real decreto, las enseñanzas de doctorado se registrarán por su normativa específica:

El Máster cursado en el "Centro de Optometría internacional" (COI), no es un título oficial. Dicho centro es un Centro privado de formación de optometría, y los títulos que otorgan no son oficiales.

No obsta a esta conclusión la afirmación que formula la recurrente respecto a que el máster cuenta con la acreditación de la Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias, acreditación que no se cuestiona. El otorgamiento de créditos por dicha Comisión no es sinónimo de oficialidad ni de homologación. La Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias evalúa a los profesores y contenidos del curso y, en su caso, concede créditos a los alumnos que lo hayan superado, lo que en ningún caso puede traducirse en "oficialidad" del curso mismo. Los créditos así obtenidos suponen una valoración de la calidad del curso en cuestión, lo que puede resultar de especial interés en el cómputo de méritos por ejemplo a la hora de participar en un concurso-oposición, pero en ningún caso otorgan al curso una suerte de oficialidad.

Por otra parte, no resulta correcto afirmar que el master privado que posee "es el que le habilita y capacita para el tratamiento de la Terapia Visual". Como ya

se ha expuesto anteriormente, entendemos que dicha actuación profesional queda amparada por la posesión del Diploma Universitario en Óptica y Optometría (actualmente Grado en Óptica y Optometría).

Lo mismo puede afirmarse respecto al título denominado "Doctor of Philosophy in Optometry por la Universidad de Birchan International".

Conforme al Real Decreto 1002/2010, de 5 de agosto, sobre expedición de títulos universitarios oficiales (BOE 6-8-2010), los títulos oficiales a los que hace referencia el artículo 1 son los de graduado o graduada, máster universitario y doctor o doctora, referidos respectivamente a la superación del primero, segundo y tercer ciclo de los estudios universitarios.

Un máster oficial y homologado es aquel que está exclusivamente orientado a títulos universitarios y que da acceso a estudios de doctorado. Cuenta con el aval de la universidad que los otorga y con el reconocimiento del Estado. No consta que ese título esté avalado por una Universidad. Un Máster puede estar acreditado por una comisión de formación continuada (sin efecto de oficialidad alguna) y no ser oficial, pero un Máster oficial está directamente acreditado.

Tampoco aparece como tal en la búsqueda de másteres oficiales en la web oficial de la ANECA (Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación); éste es un organismo autónomo, adscrito al Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, que ha sido creado por el artículo 8 de la Ley 15/2004, de 16 de septiembre.

En el caso de títulos conjuntos de Doctor obtenidos tras la superación de un programa conjunto en universidades españolas y extranjeras (no es el presente caso), dicho título deberá estar conforme al artículo 13, y sólo en este caso, cuando, de acuerdo con lo estipulado en el convenio la expedición del título le corresponde a la universidad extranjera para surtir efectos en el estado español, el título deberá ser presentado ante una de las universidades españolas firmantes del Convenio, para que ésta incluya una diligencia señalando el título oficial de Doctor que corresponda y proceda a los trámites necesarios para su anotación en el Registro Nacional de Titulados Universitarios Oficiales.

Nada de eso se produce en este caso, puesto que Bircham no cumple con dichos requisitos, ni dicho título de Doctorado es asimilable. Por ello, tanto en el caso del máster del COI (Entidad privada que ofrece forma-

ción) como el del título de Bircham University deberá añadirse "titulaciones no oficiales". Bircham University el listado de universidades del Gobierno de España, ni existe publicada tesis doctoral alguna de la recurrente.

En definitiva, entendemos que el principio de veracidad se ve plénamente reforzado con la obligación que se impone a la Sra. Esther de añadir a los citados máster y doctorado la especificación de "titulación no oficial". Dicha expresión no va encaminada a cuestionar la validez de los cursos realizados ni su interés a la hora de ejercer la profesión, sino sólo a reflejar fielmente la realidad de las cosas".

El debate incide en relación con la documentación aportada como Anexos 4 y 5, con la solicitud o formulario de autorización de publicidad sanitaria.

Veámos como la demanda insiste en considerar que lo de titulación no oficial tendría carácter peyorativo, en concreto desde el punto de vista de la imagen, del desarrollo de la actividad profesional, como tal actividad económica.

La Sala tiene que ratificar que la expresión de titulación no oficial, no deja sino de ceñirse a la realidad, cumpliendo por tanto con el principio de veracidad que rige toda regulación sobre la publicidad sanitaria, y ello al margen de la formación que acredita la recurrente, lo que por ella de forma apasionada y reiterada se defiende, para destacar su cualificación profesional añadida a la diplomatura, pero debiendo destacar que lo relevante es que la titulación oficial requerida, que posee la demandante es la de Diplomada en Óptica y Optometría, actualmente Grado, sin que a tales efectos proceda sustituir lo acordado por la Administración, consistente en dejar constancia que es una titulación no oficial, por las pretendidas como subsidiarias de formación continuada, formación complementaria o privada, o la que la Sala considere más acorde, por ajustarse a la legalidad vigente.

En este ámbito del debate defiende la demandante que no se había exigido lo mismo en iguales términos a otros profesionales, a osque expresamente identifica.

Tal argumento no puede considerarse relevante en este supuesto, con independencia de las consideraciones que se pudieran hacer respecto al elemento válido de comparación, al destacar que no puede defenderse la igualdad en la ilegalidad, y no cabe sino ratificar que la exigencia de plasmación de estar ante titulaciones no oficiales, no solo se ciñe a la realidad sino a la legalidad.

Por otro lado, el que en publicaciones científicas no se exija, en relación con profesionales con titulaciones análogas o similares, la inclusión de título no oficial, no es argumento que conduzca a la disconformidad a derecho de la resolución recurrida en cuanto a la exigencia de plasmar lo de titulación no oficial, porque no es lo mismo la publicación de estudios científicos que el marco normativo en relación con la autorización de publicidad sanitaria, por lo que tampoco es un elemento válido de comparación.

En concreto, sobre el título de Master Clínico en Optometría y Terapia Visual Especialidades, como actividad acreditada por la Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias de la Comunidad de Madrid, grado impartido por el Centro de Optometría Internacional, no se concluye que tenga que considerarse titulación oficial, dado que, como defiende la resolución recurrida, el otorgamiento de créditos por la Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias, no implica ni oficialidad ni homologación.

Hay que resaltar que la titulación que habilita a la demandante, en concreto para el tratamiento de la terapia visual, en relación con lo que recogieron las autorizaciones sanitarias de instalación y funcionamiento del centro Visulity, es la Diplomatura universitaria en Óptica y Optometría, hoy Grado en Óptica y Optometría.

En el ámbito de la publicidad sanitaria se permite el reflejo de las distintas titulaciones, en concreto las que ahora están en cuestión, pero ello no conduce a que se tenga que excluir la precisión que la Administración impuso de titulación no oficial, sin perjuicio de reseñar que no ha incidido el debate en relación con lo que también se impuso de suprimir la referencia a nivel de grado de master en relación con el master Clínico en Terapia Visual, que lo fue por no ajustarse a la legalidad vigente, en relación con las titulaciones universitarias o de enseñanza superior.

Por todo ello, el motivo al que respondemos también debe ser desestimado.

DÉCIMO.- Fue correcta la supresión de la afirmación "trabajos en la especialización del máster clínico", porque las funciones que se desarrollaban lo son en virtud de la posesión de la titulación de Óptico-Optometrista.

El siguiente motivo de la demanda defiende que tal afirmación respeta fielmente el principio de veracidad,

por lo que no debe suprimirse del texto publicitario propuesto.

Aquí se debate sobre el punto 4 de la resolución inicial, al insistir la Administración que las funciones que se desarrollaban lo eran en virtud de la posesión de la titulación de óptico-optometrista.

Sobre ello, el fundamento sexto de la resolución desestimatoria del recurso de alzada razono como sigue:

" En cuanto a la supresión de la expresión "trabajos de especialización del master clínico", damos por reproducido lo alegado en el punto anterior. Reiteramos que entendemos erróneo afirmar que el Master privado que posee "es el que le habilita y capacita para el tratamiento de la terapia visual", por cuanto dicho Máster no representa habilitación legal alguna de cara al ejercicio profesional y la Terapia Visual se encuentra dentro de las funciones profesionales para las que habilita la posesión del Título Universitario de Óptico-Optometrista (actual grado en Óptica y Optometría)

Por otra parte, tanto el CNOO, como el CGCOO, y la Quinta Delegación Regional, disponen en sus páginas webs de los oportunos tableros de anuncios a disposición de todo aquel que quiera publicar ofertas o demandas de empleo. En ellos se recoge la experiencia en terapia visual como valorable a esos efectos, lo que, en palabras de la propia organización, colegial, no debe suponer ningún problema siempre que ésta se base en evidencia científica, máxime si se tiene en cuenta que está contemplada dentro de las funciones que desarrolla el Óptico-Optometrista.

Respecto a las ofertas de cursos publicadas en la web del CNOO dentro del apartado "agenda" que aporta la recurrente, la Quinta delegación Regional del Colegio afirma en su escrito de alegaciones que hay una gran diferencia entre los cursos que organiza propiamente el CNOO (lo cual viene expresamente detallado) y aquellos otros organizados por terceros, sobre los que la única intervención del Colegio es permitir su publicación en su web, siendo totalmente ajeno al mismo y no entrando a valorar ni su contenido, ni programas, ponentes, ni calidad docente. Finaliza la organización colegial afirmando que "el Colegio no tiene ninguna responsabilidad sobre los mismos" .

Vemos como en lo sustancial lo es con remisión al fundamento jurídico quinto, en relación con el anterior motivo que la Sala ha analizado y respondido con carácter previo.

A ello nos remitimos, destacando que estamos ante un supuesto de master privado, que no implica habilitación legal para el ejercicio profesional, además de reiterar como ya hemos hecho previamente, que la terapia visual se encuentra dentro de las funciones profesionales para las que habilita la posesión del título de Óptico- Optometrista, lo que insistimos enlaza con el contenido de las autorizaciones sanitarias de instalación y funcionamiento a la que nos hemos referido, en las que expresamente, en cuanto a la oferta asistencial, se incluye el código U.900, otras unidades asistenciales, Terapia Visual, que lo es en relación con las precisiones que incorpora el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

Destacamos aquí, que no es relevante algo en lo que se insiste por la demandante, en relación con lo que defiende como formación añadida a la óptico-optometrista, la diplomatura que alcanzó en la Universidad de Santiago de Compostela, la titulación oficial, que habilita a la demandante para el desarrollo de la actividad referida a la terapia visual, por lo que nuevamente nos remitimos a las resoluciones de autorización de instalación y funcionamiento del centro Visuality.

Respuesta que la Sala da sin necesidad de hacer incursiones en la cualificación profesional de la demandante, en relación con lo que ella defiende respecto a la adquisición de formación y conocimiento complementario y añadidos a los derivados de la Diplomatura en Óptica y Optometría.

UNDÉCIMO.- Sí procedía la supresión de la expresión "Optometrista comportamental", así como la referencia al tratamiento de "lateralidad y desarrollo motor (reflejos primitivos).

A continuación la demandante defiende que no procede la supresión de la expresión "Optometrista comportamental", así como la referencia al tratamiento de "lateralidad y desarrollo motor (reflejos primitivos), por- que respetan el principio de veracidad

En este ámbito, el fundamento séptimo de la resolución desestimatoria del recurso de alzada razonó como sigue:

" En cuanto a las alusiones a diferentes terapias, conviene señalar qué en los últimos tiempos se está produciendo la cada vez más frecuente introducción en los centros sanitarios convencionales de técnicas "pseudo-

sanitarias o pseudoterapéuticas", carentes de estudios científicos y ensayos que avalen su verdadera eficacia.

Así, y por lo que respecta a la función visual, ha irrumpido con fuerza el ejercicio de terapias como la "terapia comportamental", "reflejos primitivos", "terapia de movimientos rítmicos", carentes de evidencia científica y ensayos que avalen su eficacia.

Asimismo, y en materia audiológica, lo ha hecho el "método auditivo SENA", "TOMATIS" o "MÉTODO BERRARD"; siendo así que en muchas ocasiones los proporciona personal carente de conocimientos en materia de salud y ni tan siquiera formación en audiológica.

Debemos traer a colación en este momento lo señalado en el punto tercero de estos fundamentos de derecho y recordar los términos en que se expresa el artículo 44.3 de la Ley 44/2003, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, que prohíbe publicitar actividades o productos sanitarios sobre los que no exista evidencia de sus efectos beneficiosos. A este respecto, la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE OPTOMETRÍA (SEO) publicó un informe comprensivo del posicionamiento sobre las pseudoterapias en rehabilitación visual, y sobre' las pseudoterapias. Esta sociedad, inscrita en el registro de Sociedades Científicas del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, tiene entre sus objetivos la formación continuada y la promoción de la calidad y la evidencia científica en todos los niveles de atención sanitaria visual, y en general, en cualquier ámbito donde el óptico-optometrista desarrolle su actividad clínica, investigadora y/o docente. Pues bien, la SEO ha afirmado en referencia a estas técnicas que carecen de total evidencia científica, pudiendo ser considerada pseudoterapias.

Ciertamente, no es función de la Comisión de Control de la Publicidad Sanitaria decidir acerca de la evidencia científica o la efectividad de determinadas técnicas o productos, sino que, en cumplimiento de lo que establece la normativa reguladora de la materia, debe darles la consideración de publicidad sanitaria y en consecuencia tratar de que dicha publicidad responda a criterios de veracidad. No obstante, y como autoridad Sanitaria que es, a este Departamento sí que le compete velar por que no se produzca confusión en quienes van a utilizar servicios sanitarios. Así, la Sentencia de la Sala tercera, del Tribunal Supremo, de 18-11-2002 (Recurso nº : 5445/1998) referida a la profesión de naturópata, dice lo siguiente: "No encontrándose la profesión de naturópata, entre los profesionales sanitarios recogidos en la anterior clasificación, desde la

perspectiva jurídica, no puede enjuiciarse la eficacia o la inutilidad de los métodos de la iridiología, de la Naturopatía, o, en general, de las llamadas medicinas alternativas, ni, por tanto, nos pronunciaremos sobre ello. Pero sí corresponde a los poderes públicos y, en este caso, a la Administración, velar para que no se produzca confusión en los usuarios: que éstos sepan cuándo acuden a un centro sanitario correspondiente a la medicina experimental, para la que se exige una titulación que representa el correspondiente respaldo académico de habilitación y cuándo acuden a centros en los que se practica una de las llamadas medicinas alternativas, que no están reservadas a profesionales con titulación oficial, y a los que, a pesar de ello, van conscientemente para recibir un tratamiento en el que personal e íntimamente creen, aunque no cuenten con el respaldo oficial."

Pocos pronunciamientos expresan mejor lo que el principio de veracidad viene a defender y justifican la obligación impuesta por la Administración a la recurrente de eliminar determinadas expresiones.

La óptica es un establecimiento sanitario de los regulados en el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios y, en el ámbito de esta Comunidad Autónoma, por el Decreto 31/2006, de 21 de febrero, de autorización de dichos centros y establecimientos. Es decir, que se trata de un establecimiento sanitario, y, como tal, su titular viene obligado a garantizar que en el mismo se presta la atención sanitaria amparada por la oferta asistencial autorizada, con arreglo a la praxis profesional y a los conocimientos de la ciencia en cada momento (artículo 7.a) del Decreto autonómico".

En este ámbito, la Sala debe destacar la relevancia de que, efectivamente, estamos ante actividades no comprendidas en la Orden de 26 de diciembre de 1997, que reguló las actualizaciones de creación, realización de modificaciones y de funcionamiento de las ópticas, a la que antes nos referíamos, no siendo relevante que no sea una terapia como se defiende por la demandante, para criticar asimismo lo que considera referencia peyorativa a pseudoterapia, enlazando con su formación, con los cursos a los que se refiere la demanda, incluso destacando, que para distinguir entre la idea de terapia, que la demandante asume que no lo es, con sus competencias para el desarrollo de tales actividades, debiendo excluir la justificación que se da en la demanda para oponerse a la resolución recurrida. Aquí debemos destacar la relevancia en lo que insiste en la contesta-

ción de la Administración, respecto del informe de la Sociedad Española de Optometría SEO, que tuvo presente la resolución recurrida en los términos referidos, vino a concluir en el escaso nivel de evidencia científica de las herramientas como la terapia de reflejos primitivo y, terapia de movimientos rítmicos.

Debió ser un punto de partida relevante para quien resuelve sobre la autorización de publicidad sanitaria, ámbito en el que no debe incidir en decidir sobre la evidencia científica o de efectividad de determinadas técnicas o productos, dado que, en lo que debe incidir es en que la publicidad que se autoriza responde a criterios de veracidad, en relación con la finalidad en cuanto dirigida a los destinatarios, los usuarios de la actividad sanitaria que se publicita.

Por todo ello, nuevamente sin entrar en consideraciones sobre la formación acreditada por la demandante tras la obtención de la diplomatura en Óptica y Optometría, la Sala debe desestimar el motivo de la demanda y confirmar en este ámbito la resolución recurrida.

DUODOCÉSIMO.- Fue procedente la supresión de referencia al método SENA (Sistema de Estimulación Neuro Auditivo).

Con el siguiente motivo, siguiendo asimismo la titulación que incorpora el escrito de conclusiones a la demandante, defiende la improcedente supresión de referencia al método SENA, por no tener la consideración de medicamento y estar fuera de la competencia de la Comisión de Control de la Publicidad Sanitaria el pronunciamiento sobre la concreta supresión.

En este ámbito, la resolución recurrida en su fundamento jurídico octavo razonó como sigue.

" Por lo que se refiere al método SENA, como venimos afirmando, el establecimiento Visuality es un establecimiento de Óptica en su modalidad de "gabinete optométrico", y, por tanto, le es de aplicación también lo que establece la Orden de 26 de diciembre de 1997, antes citada. Entre las actividades que se pueden llevar a cabo en dichos establecimientos no se contempla ninguna función profesional relacionada con la audición (artículo 2). La faceta profesional del Óptico- Optometrista únicamente se proyecta sobre la visión.

Asimismo, cabe recordar lo dicho en el punto anterior respecto a las obligaciones del titular de un establecimiento sanitario y los términos en que se expresa el ar-

título 7 del Decreto 31/2006, según el cual dichos titulares deben:

a. Garantizar que en los mismos se presta la atención sanitaria amparada por la oferta asistencial autorizada, con arreglo a la correcta praxis profesional y a los conocimientos de la ciencia en cada momento.

b. Garantizar que en los mismos no se presta asistencia sanitaria no amparada por la oferta asistencial autorizada.

c. Garantizar que la asistencia sanitaria se presta exclusivamente por personas debidamente tituladas o habilitadas para ello.

d. Mantener las condiciones y los requisitos técnicos que establezcan las normas vigentes para cada tipo de centro, servicio o establecimiento sanitario.

Finalmente, debemos traer nuevamente a colación el artículo 44 de la LOPS 44/2003, respecto a la publicidad del ejercicio profesional privado, pues de él deriva que no podrán ser objeto de publicidad las actividades o productos sanitarios no autorizados, o sobre los que no exista evidencia de sus efectos beneficiosos para él ser humano, quedando prohibida la publicidad de productos y servicios de carácter creencial y de los productos milagro.

En definitiva y con independencia del posible encaje del método "Sena" dentro del concepto de pseudoterapia, lo cierto es que el establecimiento Visuality no cuenta con autorización para llevar a cabo ninguna actividad relacionada con la audición, que no consta que la recurrente cuente con la titulación requerida para dicha actividad y que no es un método avalado con evidencia científica, por lo que consideramos de aplicación lo señalado en los párrafos anteriores".

Hay que partir de destacar que el centro Visuality no tiene autorización sanitaria en el ámbito de la audición, dado que la autorización lo fue en relación con la titulación en Óptica y Optometría de la demandante, con la oferta asistencial de terapia visual, con remisión al Centro consultas de otros profesionales sanitarios, que ha de ponerse en relación con el apartado respectivo sobre los profesionales de la sanidad, del apartado II actividad que se declara, del formulario para autorización administrativa de publicidad sanitaria, a lo que antes nos referíamos,

Es irrelevante, a los efectos que nos ocupan, que es-

temos ante un método que no tenga la consideración ni de medicamento ni de producto sanitario, lo que no está en cuestión.

En relación con el método SENA, al margen de lo que se defiende por la Administración de inexistencia de evidencia científica, de efectos beneficiosos para el ser humano, por lo que se incurriría en la prohibición del artículo 44 de la Ley 44/2003 de la ordenación de la profesión sanitaria, lo relevante es lo que ya hemos referido, que el establecimiento sanitario de la demandante carece de autorización sanitaria para llevar a cabo actividades relacionadas con la audición, habiéndose trasladado que tampoco contaba con la titulación requerida para realizar actividades relacionadas con la audición, lo que viene a ratificar la conformidad a derecho de la resolución recurrida en este ámbito.

Por ello, asimismo la Sala debe desestimar el motivo al que damos respuesta.

DECIMOTERCERO. - Fue procedente la supresión del apartado diagnósticos de problemas de aprendizaje, así como los síntomas relacionados con la audición y con la psicomotricidad

Avanzando en el siguiente motivo de la demanda, con él se defiende la improcedente supresión del apartado "diagnósticos de problemas de aprendizaje, así como los síntomas relacionados con la audición y los síntomas relacionados con la psicomotricidad.

En relación con ello, el fundamento jurídico noveno de la resolución recurrida razonó como sigue:

" En cuanto a la supresión del Anexo referido al Diagnóstico de problemas de aprendizaje, solo nos queda añadir que dicho diagnóstico es, ciertamente, un proceso complejo que requiere en muchos casos un enfoque multidisciplinar al que puede coadyuvar del óptico-optometrista. El óptico-optometrista puede caracterizar y manejar las anomalías visuales asociadas a los problemas de aprendizaje, pero dichas anomalías no son en muchos casos la etiología o causa el problema de aprendizaje, sino que son un problema añadido para la recuperación del paciente.

En cualquier caso, de la intervención del óptico-optometrista en el proceso no cabe inferir su capacidad para diagnosticar y tratar esos problemas de aprendizaje, puesto que dichas funciones no entran dentro de sus competencias profesionales. Tampoco entra dentro de las competencias del Óptico-optometrista los sínto-

mas relacionados con la audición ni con la psicomotricidad". En este ámbito, y en los términos en los que se debe resolver, estando ante la actuación recurrida recaída en el ámbito de la autorización de la publicidad sanitaria, la Sala tiene que ratificar lo que razonó y concluyó la resolución recurrida en los términos que hemos recogido, debiendo destacar la relevancia de la ausencia de competencia profesional, en concreto de forma exclusiva, que enlaza con lo previamente razonado y concluido al responder a previos motivos de la demanda.

Aquí nuevamente debemos remitirnos a la Orden de 26 de diciembre de 1997, del Consejero de Sanidad, que reguló las actuaciones de creación, de realización de modificaciones y de funcionamiento de las ópticas, y retomar las actividades que pueden realizar según el artículo 2, que según el apartado 2.2 son las que siguen:

- a) Evaluación de capacidades visuales mediante pruebas optométricas.
- b) Mejora del rendimiento visual por medios físicos tales como ayudas ópticas (gafas graduadas, protectores y filtrantes de las radiaciones solares o lumínicas de origen natural o artificial, lentes de contacto y otros medios adecuados).
- c) Ayudas en baja visión.
- d) Entrenamiento, reeducación, prevención e higiene visual.
- e) Tallado, montaje, adaptación, suministro, verificación y control de artículos ópticos.
- f) Adaptación de prótesis oculares.
- g) Cualquier otra actuación para la que el título de Óptico capacite legalmente.

Vemos cómo en concreto el apartado g), incluye una cláusula residual, pero siempre referida a actuaciones para las que el título de óptico-optometrista capacite legalmente, no pudiendo en este caso razonar en contradicción con lo concluido por la resolución recurrida, para imponer la supresión de los apartados sobre los que ahora se debate, soportado en la ausencia o falta de capacitación, que debemos de insistir lo es con independencia de la formación complementaria a la diplomatura en lo que se insiste por la demandante de forma reiterada en sus alegaciones, tanto ya en vía administrativa con el recurso de alzada, como ante la Sala con la demanda y con el escrito de conclusiones. Por todo ello, este motivo asimismo la Sala lo debe desestimar.

DECIMOCUARTO.- Conformidad a derecho de supresión de la expresión "centro avanzado en optometría".

El siguiente motivo, la demandante defiende que la expresión Centro Avanzado en Optometría es conforme al principio de veracidad, por lo que no existe amparo legal para su supresión.

Estamos ante uno de los motivos de supresión que ya dispuso la resolución de 2019, que en su momento dio respuesta a la solicitud de autorización de publicidad sanitaria, a la que nos referíamos singularmente al analizar el debate referido a la pretensión de inadmisibilidad parcial del recurso, ejercitada por el Colegio co-demandado.

Estamos ante el apartado o guion segundo de las modificaciones que impuso la resolución inicial recurrida, con soporte en el principio de veracidad, supresión de la supresión centro avanzado de optometría.

Sobre ello, la demandante insiste en destacar que estamos ante una expresión que sería veraz, prudente y respetuosa con el principio de veracidad, que nuevamente lo soporta en la formación y cursos impartidos por la demandante, en relación con su formación tras la obtención de la diplomatura en Óptica y Optometría que le habilita para el ejercicio profesional de óptico optometrista.

En este ámbito la Administración insiste en defender que no existe prueba objetiva que acredite la objetividad de la expresión "Centro Avanzado de Optometría" y por ello para ratificar, como recogíamos, que no existe imposibilidad al defender que en este caso no existía prueba objetiva que acreditara la objetividad de la expresión centro avanzado de optometría, entendiendo que no es una prueba imposible, para señalar que lo invocado (cursos impartidos, artículos publicados y formación impartida) podía haberlo validado mediante el denominado Proceso de Validación Periódica Colegial Optométrica (VPC) mediante solicitud al Consejo General de Ópticos Optometristas (CGOP), que si bien de momento es un proceso voluntario, representa una vía idónea para acreditar de forma objetiva la actualización de conocimiento pues certifica una buena praxis, la vida laboral y la Formación médica continua y el desarrollo profesional continuo.

Añade que en este proceso el CGOP comprueba además el cumplimiento de los requisitos o estándares de calidad previamente definidos de un programa, una actividad docente o científica, proyectos de investigación científica, presentaciones en Congresos o publicaciones. En este ámbito tampoco están en cuestión los cursos impartidos y la formación a la que se refiere la

demandante, artículos publicados, etc., singularmente en relación con el documento nº 8 de la demanda, pero no puede considerarse que no quepa acreditar lo que pueda dar soporte a la calificación del centro avanzado en optometría, con independencia de que el denominada Proceso de Validación Periódica Colegial Optométrica (VPC) sea actualmente voluntario, porque ello implica que no impide su utilización.

La Sala no puede ratificar lo que la recurrente autocalifica de Centro Avanzado en Optometría, con soporte en su bagaje profesional, en contra del decidido por las resoluciones recurridas, más aún en un supuesto, en el que existe un instrumento que puede conducir a la consideración de Centro Avanzado en Optometría, nos remitimos nuevamente al denominado proceso de validación periódica colegial optométrica, a través de solicitud al Consejo General de Ópticos Optometristas, porque, con independencia de que actualmente sea voluntario, no impide su utilización cuando se quiere hacer uso de lo que según la demanda sería una calificación del centro sanitario como avanzado en optometría.

Por todo ello también, el motivo que analizamos debe ser desestimado.

DECIMOQUINTO.- Irrelevante supresión del Anexo 3, en el ámbito del procedimiento de autorización de publicidad sanitaria.

El siguiente motivo de la demanda incide en que la resolución inicial recurrida incluyó expresamente el siguiente pronunciamiento: suprimir el Anexo III en su conjunto, por falta de acreditación y por no avalar alguna de las especialidades que la solicitante cita.

La demanda defiende que lo cierto es que este anexo 3 consiste en artículos de terceros, que la demandante adjuntó a efectos ilustrativos, que no formaba parte del texto publicitario propuesto, ni se iban a publicar, por lo que ratifica que no procede incluir dicha expresión.

El debate ha girado en relación con el anexo 3 aportado con la solicitud de publicidad sanitaria, folios 109 vuelto y siguientes, titulado "participación directa y personal de entrevistas y charlas y ponencias" referente a conceptos y textos explicativos de terapia visual, con difusión en general.

Nos encontramos como la demandante en este ámbito en su escrito de conclusiones expresamente interesa de la Sala que se declare que el Gobierno Vasco no

debió incidir en este pronunciamiento. Destacaremos que las partes se han ido refiriendo al anexo III en números romanos, cuando la solicitud no utiliza números romanos, sin que exista discusión en relación con el documento en cuestión.

La demandante ya trasladó con su demanda que se acompañó al formulario de solicitud de publicidad sanitaria el identificado como anexo 3, que recogía, a modo ilustrativo, una serie de artículos científicos o publicaciones en Universidades donde figuraba alguno de los términos empleados en la publicidad, anexo no publicitado, destacando que no se pretendía la publicación, ni en la página web, ni en radio, televisión, ni ningún otro medio de comunicación, insistiendo en que se acompañó únicamente a efectos ilustrativos, y por ello destacar que determinada que la Administración no tenía nada que resolver al respecto, hablando de extralimitación y pronunciamiento improcedente.

En los términos que está planteado el debate, no queda sino excluir la relevancia del argumento al que damos respuesta, dado que se está en el ámbito de la publicidad sanitaria cuando nada se pretende al respecto, en concreto que se incorpore en la autorización de publicidad sanitaria.

Por ello la Sala ratifica que es un argumento que no tiene relevancia anulatoria, con independencia de que se uniera como anexo 3, y a él se referirá tanto la demandante en el apartado V del formulario de solicitud de autorización de publicidad sanitaria, respecto al texto íntegro del mensaje publicitario, como en el apartado VI, respecto a la documentación que acompañaba a la solicitud.

No cabe sino ratificar, con la Administración, que estamos ante un ámbito del recurso respecto del que carece de interés la propia demandante, en relación con la conclusión o pronunciamiento en cuestión, al ser extraño y ajeno a la autorización de publicidad sanitaria pretendida, lo que conduciría en exclusiva a una conclusión, valoración o pronunciamiento de carácter teórico o doctrinal, ajeno a la función jurisdiccional, en respuesta al concreto recurso en el que nos encontramos.

DECIMOSEXTO.- Es firme y consentida la decisión de la resolución inicial recurrida, la de 26 de enero de 2021 del Director de Ordenación y Evaluación Sanitarias, de suprimir toda referencia en la que se plantee la "terapia visual" como alternativa al tratamiento con parche para el "ojo vago", por no existir ensayos clínicos controlados

y aleatorizados que avalen dicha afirmación. Tras ello vemos como en el último motivo de la demanda se dirigía a atacar la supresión, en relación con la ambliopía u ojo vago, de toda referencia que se plantee sobre terapia visual, como alternativa al tratamiento con parche, por el principio de veracidad.

Ello en relación con el pronunciamiento o guion 10 de la resolución inicial recurrida.

Motivo sobre el que no cabe efectuar pronunciamiento, en relación con lo que ya anticipábamos al inicio, dado que, como expresamente refiere la contestación de la Administración, ese pronunciamiento de la resolución inicial quedó expresamente excluido del recurso de alzada, a lo que se refiere asimismo en los antecedentes de hecho en el tercero la propia demanda, por lo que ratificamos que es una decisión previa firme y consentida.

Ha de ponerse en relación con la circunstancia de que, en el escrito de conclusiones, la propia demandante ya no hace ninguna consideración respecto a tal ámbito del debate, que ha de entenderse al asumir lo defendido en concreto por la Administración, de que expresamente se excluyó del recurso de alzada el pronunciamiento en cuestión y a ello se refirió expresamente la demanda en su hecho tercero.

En conclusión, con rechazo de la inadmisibilidad parcial del recurso pretendida por el codemandado Colegio Nacional de Ópticos-Optometristas, Delegación Regional nº 5, la Sala tiene que desestimar el recurso, al rechazar los distintos motivos de impugnación a los que nos hemos referido y ratificar la conformidad a derecho de las resoluciones recurridas, en el ámbito en el que recayeron.

DECIMOSÉPTIMO.- Costas,

Estando a los criterios en cuanto costas del artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al desestimarse el recurso se han de imponer a la demandante, fijándose, en aplicación del punto 4 de dicho precepto, en 1.500 euros la cantidad máxima que por todos los conceptos se podrá girar por las partes demandadas, desglosándose en 2/3 a favor de la Administración demandada y 1/3 a favor del Colegio codeemandado.

Es por los anteriores fundamentos, por los que este Tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

Con rechazo de la inadmisibilidad parcial del recurso pretendida por el codemandado Colegio Nacional de Ópticos-Optometristas, Delegación Regional nº 5, desestimamos el recurso nº 983/2021, interpuesto por D^a Esther, titular del establecimiento Visuality, contra la resolución de 7 de junio de 2021, del Viceconsejero de Salud del Gobierno Vasco, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra resolución de 26 de enero de 2021, del Director de Ordenación y Evaluación Sanitarias, que respondió a solicitud de autorización de publicidad sanitaria de 15 de enero de 2021, imponiendo determinadas modificaciones al texto publicitario propuesto, y debemos:

1º.- Confirmar las resoluciones recurridas y rechazar las pretensiones ejercitadas con la demanda.

2º.- Imponer las costas a la demandante en los términos del fundamento jurídico último.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de TREINTA DÍAS (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE n.º 162, de 6 de julio de 2016, asumidos por el Acuerdo de 3 de junio de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el BANCO SANTANDER, con n.º 5627 0000 93 098321, un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15.ª LOPJ). Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pro-

nunciamos, mandamos y firmamos. La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera 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.

DILIGENCIA.- En Bilbao, a 18 de diciembre del 2023

La extiendo yo, letrado de la administración de justicia, para hacer constar que en el día de hoy la anterior sentencia, firmada por quienes la han dictado, pasa a ser pública en la forma permitida u ordenada en la Constitución y las leyes, quedando la sentencia original para ser incluida en el libro de sentencias definitivas de esta sección, uniéndose a los autos certificación literal de la misma, procediéndose seguidamente a su notificación a las partes. Doy fe.

TSJ COMUNIDAD VALENCIANA

Interinos / Servicios en igual categoría, aunque en distintos puestos, cuentan para la carrera

ADS. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ordena que, en ejecución de sentencia previa favorable a una médico con más de diez años de servicio con la misma administración sanitaria para calcular y cobrar atrasos correspondientes a la carrera profesional, que tenga en cuenta todos los servicios prestados en la categoría correspondiente.

La Generalidad Valenciana había reconocido a la médico demandante en ejecución de sentencia atrasos correspondientes al grado 2, pero la facultativa impugnó la resolución administrativa exigiendo que se le reconocieran todos los servicios prestados, al igual que al personal fijo, lo que le daría derecho a acceder y cobrar el grado 3 de la carrera, puesto que contaba con 16 años de servicio (10 a la fecha de la solicitud).

La facultativa prestó servicios como interina en la Administración sanitaria en distintos períodos entre el año 2010 y hasta el 2020.

El Tribunal, con referencia a sentencias de su propia Sala, recuerda que **deben computarse todos los nombramientos temporales, incluidos, los coyunturales**, o por necesidades urgentes o extraordinarias, y que "la circunstancia de que se trate de diferentes puestos, pero siempre dentro de la misma categoría, y que exista un lapso temporal [...] entre la finalización de la antigua contratación y la nueva, no altera su condición de funcionaria interina de larga duración, o personal estatutario temporal de larga duración, pues otra interpretación entendiendo que por estas razones existen circunstancias objetivas que justifican la desigualdad de trato entre la apelante y el personal estatutario de carrera, resulta en extremo formalista y desproporcionada y por ello no se ajusta a la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE".

En este sentido, el TSJCV sigue la misma línea trazada por la sentencia TS 97/2024, de 23 de enero, que se incluye en este número de ADS (ver pág. 256), que reconoce que todos los servicios, **ya sean como interino o laboral**, prestados en instituciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud cuentan para la carrera, independientemente de la Comunidad Autónoma donde se hayan realizado.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 322 / Feb. 2024. Todos los años como interino y laboral en otros Servicios de Salud cuentan para la carrera.

ADS nº 319 / Nov. 2023. Carrera de médico de familia: computan todos los periodos con nombramiento temporal.

ADS nº 321 / Enero 2024. Carrera / Los años de servicio con jornada parcial no se computan a tiempo completo.

ADS nº 318 / Oct. 2023. La interrupción de servicios como interino no impide cobrar la carrera profesional.

ADS nº 317 / Sept. 2023. El periodo de servicios como MIR no computa para la carrera en el 'Seris'.

ADS nº 316 / Jul. - Ag. 2023. CARRERA / Exigen 5 años de permanencia y evaluación en el Sergas para el grado II.

ADS nº 279 / Marzo 2020. El permiso de maternidad cuenta como tiempo de servicio en concursos.

ADS nº 310. TS / Efectos de la carrera, desde su reconocimiento: no se pueden diferir a la fijeza.

ADS nº 311 / Feb. 2023. Carrera / Integración directa en nivel II a quien no pudo optar por ser eventual.

ADS nº 309 / Dic. 2022. Reconocimiento de plus compensatorio de carrera para personal laboral.

ADS nº 309 / Dic. 2022. Carrera / No es discriminatorio exonerar de permanencia en grado anterior

ADS nº 309 / Dic. 2022. Efectos económicos de la carrera, 4 años anteriores a la solicitud.

ADS nº 308 / Nov. Carrera: computan todos los años previos a la fijeza como eventual y sustituto.

ADS nº 304 / Jun. 2022. Derecho de acceso a la carrera de interino laboral sin necesidad de ser evaluado

ADS nº 304 / Jun. 2022. El reconocimiento del desarrollo profesional corresponde al Servicio de Salud.

ADS nº 303 / Mayo 2022. TS / Carrera: computan todos los años como personal temporal previos a la fijeza.

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.

STSJ, Contencioso sección 2 del 01 de febrero de 2024

(ROJ: STSJ CV 178/2024- ECLI:ES:TSJCV:2024:178)

Id. CENDOJ: 46250330022024100041

Órgano: Tribunal Superior de Justicia.

Sala de lo Contencioso Sede: Valencia Sección: 2

Sentencia: 112/2024 Recurso: 253/2023

Fecha de Resolución: 01/02/2024

Procedimiento: Recurso de apelación

Ponente: RAFAEL PEREZ NIETO

Tipo de Resolución: Sentencia

Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA

COMUNIDAD VALENCIANA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN 2

Ilmos. Sres:

Presidenta

D/D^a ALICIA MILLÁN HERRANDIS

Magistrados

D/D^a ANA M^a PÉREZ TÓRTOLA

D/D^a RAFAEL PÉREZ NIETO (Ponente)

En VALENCIA a uno de febrero de dos mil veinticuatro.

Visto por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por la Ilma. Sra. doña Ana María Pérez Tórtola, Presidente, la Ilma. Sra. doña Ana María Pérez Tórtola, Magistrada, y don Rafael Pérez Nieto, Magistrado, el recurso de apelación tramitado con el núm. de rollo 253/23, contra el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Alicante dictado en el trámite de ejecución del procedimiento abreviado núm. 41/22. Ha sido parte apelante doña Angelina, representada por la Procuradora Sra. Santana Oliver y defendida por la Letrada Sra. Bas Nicolau, y parte apelada la Generalitat Valenciana, representada y defendida por Sr. Letrado de su servicio jurídico. Ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Nieto.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Alicante dictó auto núm. 8/2023, de 5 de enero en el trámite de ejecución del procedimiento abreviado núm. 41/22, en el cual se hubo pronunciado la sentencia núm. 384/2017, de 16 de octubre, y la STSJCV núm. 293/2020, de 7 de mayo, dictada en apelación. El auto desestimó la impugnación de doña An-

gelina frente al acuerdo de 12-4-2021 de la Gerencia del Departamento de Alicante, Hospital General, Generalitat Valenciana.

SEGUNDO.- La representación procesal de doña Angelina interpuso recurso de apelación frente al referido auto. El recurso fue admitido por el Juzgado y se dio traslado a la representación de la Generalitat Valenciana, que no presentó alegaciones.

TERCERO.- El Juzgado elevó las actuaciones a este Tribunal. Una vez recibidas y formado el correspondiente rollo y habiéndose personado las partes, se dictó providencia señalando votación y fallo para el 12 de diciembre de 2023.

CUARTO.- Mediante providencia se levantó el anterior señalamiento a fin de incorporar un documento al rollo. Incorporado el documento y evacuado el traslado a las partes, se señaló nueva votación y fallo para el día 23 de enero de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La representación de doña Angelina ha interpuesto recurso de apelación contra el auto a que se refiere el primer antecedente.

Mediante dicho auto, el Juzgado desestima la impugnación que la apelante planteó frente al acuerdo de la Generalitat Valenciana de 12-4-2021 dispuesto en ejecución de la sentencia núm. 384/2017, de 16 de octubre, y de la STSJCV núm. 293/2020, de 7 de mayo, dictada en apelación.

El referido acuerdo de la Generalitat reconoce que doña Angelina tiene derecho a percibir los atrasos "que correspondan al grado 2 del grupo A1 de carrera profesional".

Con la primera de las sentencias mencionadas, el Juzgado estimó el recurso contencioso-administrativo de, entre otras personas, doña Angelina y declara que los recurrentes tenían derecho a ser incluidos en el sistema de desarrollo o carrera profesional, debiéndoseles reconocer el grado correspondiente en función de los períodos de tiempo trabajados.

La STSJCV núm. 293/2020, por su lado, estimó parcialmente el recurso de apelación de la Generalitat Valenciana revocando la sentencia a quo en el siguiente sentido: "Estimar en lo sustancial los respectivos recur-

sos contencioso- administrativos interpuestos por los recurrentes frente a las también respectivas resoluciones recurridas y reconocer como situación jurídica individualizada su derecho a percibir el complemento retributivo de carrera profesional en la cuantía que pudiera corresponderles una vez constatadas por la Administración las permanencias previstas reglamentariamente".

En el auto que se apela en el presente rollo se dice que "la parte recurrente no estableció en la demanda el concreto grado que [...] debía corresponderle, ni tampoco cálculo alguno sobre la cuantía final que solicitaba. [...]. La Administración explica detalladamente los motivos jurídicos por los que reconoce unos periodos y da lugar a un grado determinado".

SEGUNDO.- La parte apelante doña Angelina alega que si al personal fijo se le tiene en cuenta todo el tiempo trabajado para la Administración sanitaria, en iguales circunstancias debe computársele al personal temporal.

Siendo su caso que se prestaron más de 11 años de servicios en la misma administración sanitaria cuando la solicitud, y 16 años de servicios a partir del día 30-1-2019, tal y como queda acreditado por la hoja de servicios. Así que a la parte apelante corresponde el grado 3 de desarrollo profesional por haber completado los periodos reglamentarios.

TERCERO.-Además de los antecedentes reseñados traemos estos otros, útiles para resolver la cuestión planteada.

El acuerdo de 12-4-2021 de la Gerencia del Departamento de Alicante motiva su decisión en que "la interesada no dispone del periodo remanente anterior al 1-7-2014 suficiente para promocionar a un grado superior siendo que, a tenor de la Orden 10/2014, de 1 de agosto, de la Consellería de Sanidad [...], que su art. 20 regula los supuestos de evaluación abreviada, el interesado no supera la puntuación mínima exigida para la promoción a un grado superior al obtener 57,72 créditos, cantidad inferior a los 60 créditos exigidos".

En la hoja de servicios le constan a la apelante múltiples periodos de prestación de servicios interinos a favor de la Administración sanitaria, como médico, que fueron desde el año 2010 hasta el 2020.

Muchas han sido las sentencias en que hemos expresado el criterio que informa, v. gr. la STSJCVC 97/2022,

de 28 de febrero. En la cual dijimos: "Debemos partir de que todos los nombramientos temporales de la apelante en la categoría profesional de referencia fueron circunscritos a la atención de necesidades coyunturales, en los términos del art. 9 de la Ley 55/2003 que precisa con claridad los supuestos en los que cabe recurrir al personal estatutario temporal, los cuales se caracterizan por la urgencia, la coyuntura o lo extraordinario, se deben computar a los efectos de poder ser considerada 'funcionaria interina de larga duración'".

Lo cual resulta predicable igualmente en la determinación del grado de la carrera profesional.

En nuestra STSJCVC núm. 129/2021, de 17 de febrero, y otras muchas hemos explicado que:

"(...) la circunstancia de que se trate de diferentes puestos, pero siempre dentro de la misma categoría, y que exista un lapso temporal [...] entre la finalización de la antigua contratación y la nueva no altera su condición de funcionaria interina de larga duración, o personal estatutario temporal de larga duración, pues otra interpretación entendiendo que por estas razones existen circunstancias objetivas que justifican la desigualdad de trato entre la apelante y el personal estatutario de carrera, resulta en extremo formalista y desproporcionada y por ello no se ajusta a la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE".

Procede revocar el auto a quo y ordenar a la Administración que, en la ejecución de la sentencia núm. 384/2017, de 16 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Alicante, y de la STSJCVC núm. 293/2020, de 7 de mayo, a los efectos del cálculo de la retribución del complemento de desarrollo profesional de la apelante, tenga en cuenta todos servicios prestados por la misma en la categoría de referencia.

Con esto se estima el recurso de apelación

CUARTO.- Con arreglo al art. 139.2 de la LJCA, puesto que el recurso de apelación ha sido estimado, no ha lugar a un especial pronunciamiento sobre las costas del rollo.

FALLAMOS

1º.-Estimamos el recurso de apelación de doña Angelina y dejamos sin efecto el auto apelado.

2º.-Declaramos la nulidad de la resolución del Gerente de Departamento de Salud de Alicante/Hospital

General de fecha 12-4-2021 por contravenir la sentencia a ejecutar.

3º.-Ordenamos a la Administración que, en la ejecución de las referidas sentencias, a los efectos del cálculo de la retribución del complemento de desarrollo profesional de la apelante, tenga en cuenta todos los servicios prestados en la categoría correspondiente.

4º.-Sin costas.

La presente sentencia no es firme y contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo o, en su caso, ante esta Sala, que deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de 30 días, desde el siguiente al de su notificación, y en la forma que previene el vigente art. 89 de la LJCA. La preparación deberá seguir las indicaciones del acuerdo de 19-5-2016 del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el acuerdo

de 20-4-2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo (BOE núm. 162, de 6-7-2016), sobre la extensión máxima y otras consideraciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvanse los autos con el expediente administrativo al Juzgado de procedencia.

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

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente que ha sido para la resolución del presente rollo de apelación, estando celebrando audiencia pública esta Sala.

PRESCRIBE ACCIÓN CONTRA SEGURO

Ceguera por uso de *Ala Octa*: el peregrinaje jurisdiccional hasta la condena de la *Aemps*

Iñigo Barreda. El *Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Madrid* ha anulado la resolución denegatoria de indemnización del Ministerio de Sanidad y reconocido como situación jurídica individualizada el derecho de una paciente afectada por la toxicidad del producto *Ala Octa* (**ceguera total en ojo izquierdo**) a ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos en la cantidad de 25.000 euros más los intereses legales desde la fecha de la presentación de la reclamación.

Contra la sentencia del Juzgado **no cabe recurso de apelación por razón de la cuantía**, lo que la hace un precedente de gran relevancia, pues hasta el momento la jurisprudencia consolidada del *Tribunal Supremo* había desestimado la responsabilidad patrimonial de los Servicios de Salud autonómicos en relación con el caso *Ala Octa*, aunque en sus resoluciones **apuntaba a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Aemps), al fabricante del producto y al distribuidor.**

El asunto procede de la Sala de lo Contencioso de la *Audiencia Nacional*, que remitió las actuaciones al *Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Madrid*. El Juzgado estima el recurso del abogado **Roberto Gómez Menchaca**, quien solicitó la condena de la *Aemps* por el montante antes citado desde la fecha de la reclamación administrativa.

La sentencia declara la **prescripción de la acción** directa contra la aseguradora del fabricante, *Allianz*, por haber transcurrido más de tres años desde la primera reclamación presentada.

Ala Octa (perfluorooctano) es un producto que se utilizaba en operaciones de desprendimiento de retina y produjo ceguera de pacientes intervenidos en distintas Comunidades Autónomas. El lote del pro-

ducto, tóxico, que afectó a la demandante fue retirado por la *Aemps* por orden del 26 de junio de 2015 tras recibir alertas en relación con *Ala Octa*.

La paciente presentó inicialmente su reclamación frente al *Servicio Cántabro de Salud*, dado que la intervención fue en mayo de 2015 en el Hospital Sierrallana. Tras ser denegada acudió al Tribunal autonómico, que estimó su reclamación, pero **el Tribunal Supremo anuló la sentencia estimatoria** al acoger el recurso del *Servicio Cántabro de Salud*.

Volver a empezar

Como el Supremo señaló a la *Aemps*, al productor y al distribuidor dando el plazo de un año para demandar, la paciente presentó de nuevo una reclamación administrativa, esta vez ante la *Aemps*, con fecha 5 de enero de 2022.

Al ser desestimada esta reclamación en vía administrativa, el abogado Gómez Menchaca instó una **acción de responsabilidad patrimonial** frente a la *Aemps* y la **acción directa contra la aseguradora** del fabricante, *Allianz*, ante la *Audiencia Nacional*, Tribunal que después remitió el asunto al *Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Madrid*.

Entrando ya a conocer del asunto el Juzgado Central de Madrid, su sentencia interpreta la aplicación de los preceptos que regulan la **responsabilidad objetiva de la Administración**, sus exclusiones y causas de exoneración (falta causalidad, sobreviene fuerza mayor-no el caso fortuito, que sí es indemnizable-, culpa de la víctima o de un tercero), y exige una **prueba directa y exclusiva del nexo causal del daño que puede aparecer de forma "mediata, indirecta o concurrente**, pero, si existen éstas, se ha de moderar proporcionalmente la reparación a cargo de la Administración".

La **causalidad puede ser por acción u omisión (indica el Juzgado)**, aunque no opera del mismo modo y pondera la responsabilidad de la Administración tener uno u otro comportamiento. Para detectar la omisión no es suficiente una conexión lógica, pues determinaría la responsabilidad de la Administración ante todo daño, pero sí sirve como parámetro para

definir la responsabilidad si existe obligación de intervenir de la Administración y no lo hubiera hecho.

Informe de la Aemps sobre la falta de seguridad del producto

La Aemps dictaminó en su *informe del 21 de febrero de 2022* que el producto *Ala Octa* circulaba libremente por la Unión Europea al contar con marcado CE, "que otorga presunción de conformidad, y que los productos sanitarios", a diferencia de los medicamentos "no están sometidos a evaluación ni a autorización por los Estados miembros". Según ese informe, el fabricante debe dirigir una comunicación a la Aemps en el momento en que haga efectiva la primera comercialización del producto en España, en cumplimiento del artículo 22 del *Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios*¹.

El Juzgado Central de Madrid llega a la **conclusión de responsabilidad de la Aemps** porque ese dictamen afirma que se detectaron **deficiencias en los controles de la materia prima y de los lotes fabricados**, y que el método de fabricación seguido por *Alamedics* no garantizaba la seguridad del producto, al **no incluir ninguna fase de purificación de una materia prima de uso no médico**: "(...) los controles efectuados eran insuficientes, ya que no se realizaba un ensayo de citotoxicidad antes de la fabricación de cada lote de producto, por lo que no se podía detectar un cambio en el comportamiento tóxico de la materia prima con el tiempo (...)".²

De aquí que el Juzgado Central afirme que la Aemps incumplió "el deber de inspección del citado producto sanitario, que sí compete a la Aemps, verificando mediante inspecciones el cumplimiento de las normas de correcta fabricación, de las normas de buena práctica clínica, de las normas de buena

práctica de farmacovigilancia, de las normas de buenas prácticas de laboratorio, y de las buenas prácticas de distribución en el ámbito de las competencias de la Administración General del Estado (artículo 7.21 del *Real Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre, por el que se crea la Agencia estatal "Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios" y se aprueba su Estatuto*) hubiera permitido rechazar el producto sanitario con el marcado CE. (...) "Es decir, la propia demandada-dice el Juzgado- admite que revisando la documentación del sistema de calidad y el proceso de fabricación del producto sanitario, esto es, **desplegando la potestad de inspección** que tiene conferida, **pudo constatar el riesgo para la salud del producto sanitario**".

Precedentes y negación de la responsabilidad objetiva de las Administraciones sanitarias

Otros pacientes presentaron demandas en distintas Comunidades Autónomas contra las Administraciones sanitarias en los casos en que el producto fue aplicado en servicios de salud públicos, sin éxito al ser desestimadas.

En distintos números de ADS, se ha realizado el seguimiento del caso informando de jurisprudencia discrepante en los Tribunales autonómicos de lo contencioso hasta que tres sentencias del **Tribunal Supremo unificaron doctrina negando la responsabilidad objetiva** de los Servicios de Salud públicos por los daños irreparables (ceguera) de *Ala Octa* (TS 338/2021; TS 2019/2021 y TS 4495/2020, ver síntesis en ADS nº 289 / Feb. 2021).

El *TSJ de Cantabria* declaró la **responsabilidad objetiva del SCS "por el riesgo** creado por la utilización del gas que ha resultado tóxico", pero el *Tribunal Supremo* la rechazó reiterando jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo. El *TSJ de Castilla y León* (TSJCL 3865/2020) reconoció también el

¹ Norma aplicable a los hechos, pues en la actualidad rige el *Real Decreto 192/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios*.

² En ese informe de la Aemps se dice que "(...) los controles efectuados eran insuficientes, ya que no se realizaba un ensayo de citotoxicidad antes de la fabricación de cada lote de producto, por lo que no se podía detectar un cambio en el comportamiento tóxico de la materia prima con el tiempo (...)".

derecho de un paciente a ser indemnizado en la cantidad de 50.000 euros, más el interés legal del dinero desde la notificación de la sentencia hasta su completo pago³.

Nuevo plazo de 1 año para reclamar a partir de sentencia TS 338/2021

El Supremo unificó doctrina en sentido desestimatorio pero marcó el camino al declarar que el paciente (*sentencia TS 338/2021*) puede reclamar los perjuicios causados, como consecuencia de la aplicación del gas tóxico, "bien del fabricante, bien del distribuidor, bien de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, o de todos ellos, en el plazo de un año a partir de la notificación de la presente sentencia".

En esta sentencia el alto Tribunal señaló, asimismo, que "la Administración sanitaria cuyos facultativos realizan correcta y adecuadamente una intervención quirúrgica de conformidad con la *lex artis* no debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización, previamente autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, debiendo la responsabilidad recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios, de concurrir las concretas circunstancias necesarias para ello".

TS dice que la responsabilidad de la Administración no es objetiva, sino subjetiva

En la sentencia TS 338/2021, el Supremo expresa que la Administración sanitaria no responde de la utilización de un producto sanitario defectuoso cuya

toxicidad es alertada con posterioridad a su aplicación en una intervención quirúrgica: "pese al carácter objetivo que se proclama de la responsabilidad patrimonial de la Administraciones públicas, la responsabilidad sanitaria cuenta con un evidente componente subjetivo o culpabilístico (*sic*), cuyo elemento de comprobación es el ya reiterado del "incumplimiento de la *lex artis ad hoc*". La **responsabilidad objetiva de la legislación de consumidores y usuarios** no se aplica a actos médicos, sino por motivo del funcionamiento del servicio, ya que este tipo de responsabilidad es del fabricante o del importador, y el SCS no es proveedor ni responsable del producto defectuoso".

Diligencias de la Fiscalía por *Ala Octa*

Como informamos en nuestro número ADS 319 / Nov. 2023, la Fiscalía de la Audiencia Nacional inició una investigación por los daños asociados al uso de *Ala Octa*. Se trata de diligencias preprocesales sobre responsabilidad sanitaria en defensa de los consumidores y usuarios con motivo de una denuncia de la asociación *El Defensor del Paciente*. Como primeras diligencias, el fiscal ha solicitado a la *Aemps* un informe para averiguar si el producto '*Ala Octa*' contaba con marcado CE, la fecha en la que se tuvo conocimiento de los efectos adversos y fecha de la alerta sanitaria. Asimismo, el fiscal solicita que informe de las deficiencias detectadas en la fabricación y control, de los efectos adversos detectados, del número total de pacientes afectados y de la fecha de la alerta sanitaria, de empresas fabricantes y de comercializadoras en España.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 289 / Feb. 2021. El Supremo rechaza la responsabilidad objetiva de los Servicios de Salud por *Ala Octa*.

ADS nº 276 / Dic. 2019. El Supremo juzga si la Administración debe responder por '*Ala Octa*'.

³ El TSJCL declaró en esa sentencia que "(...) no se trata de que el estado de la ciencia no permitía conocer los efectos dañinos que ha ocasionado la utilización del producto ALA OCTA; el producto en buen estado no los produce; solo los ocasionan los lotes defectuosos; quien sea el responsable de la toxicidad de esos lotes no es algo que haya de resolverse en este pleito, que únicamente se dirige contra la Administración que ha prestado el servicio sanitario, la cual ha de responder al haberse acreditado el daño, la relación causal entre el daño y el servicio sanitario recibido y sin que concurra fuerza mayor". Ver ADS nº 289 / Feb. 2021, pág. 146.

ADS nº 272 Jul. - Ag. 2019. *El Servicio Canario de Salud no responde por la toxicidad de 'Ala Octa'.*

ADS nº 258 / Abril 2018. *Paraplejía del paciente por toxicidad del anestésico: no es indemnizable sin mala praxis.*

ADS nº 245 / Febrero 2017. *TJUE / La responsabilidad del certificador de prótesis mamarias.*

ADS nº 244 / Enero 2017. *Sentencias exculpatorias de la Administración en el caso 'prótesis PIP'* ADS nº 246 / Marzo 2017. *El Consejo de la UE aprueba nuevos Reglamentos de productos sanitarios.* ADS Nº 247 / Abril 2017. *La AN descarta la culpa concurrente de la Administración en el caso de las prótesis PIP.*

ADS nº 254 / Diciembre 2017. *La protección penal de la salud a través de la regulación del medicamento y los productos sanitarios.* Tania García Sedano, magistrado suplente en la Audiencia Provincial de Ávila.

ADS nº 268 / Marzo 2019. *El TGUE concede acceso a documentos sobre toxicidad del glifosato.*

ADS nº 257 / Marzo 2018. *El consentimiento informado y el seguro de responsabilidad civil.*

ADS nº 232 / Dic. 2015. *EMA amplía el acceso a información sobre reacciones adversas.*

ADS nº 205 Junio 2013. *TJUE / Una sentencia restringe el acceso a datos de ensayos clínicos.*

SENTENCIA

JUZGADO CENTRAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1 DE MADRID

PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000202 /2022

P. Origen: ORDINARIO 0001238 /2022

Clase: ADMINISTRACION DEL ESTADO

DEMANDANTE: CVG

ABOGADO:

PROCURADOR: MARIA DEL ANGEL SANZ AMARO

DEMANDADO: MINISTERIO DE SANIDAD,

ALLIANZ VERSICHERUNGS-AKTIENGESELLSCHAFT

ALLIANZ ALEMANIA

ABOGADO: ABOGADO DEL ESTADO,

PROCURADOR: RAQUEL DIAZ UREÑA

ABOGADO:

S E N T E N C I A Nº 112/2023

En la Villa de Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil veintitrés.

Vistos por la Ilma. Sra. Doña Lourdes Pérez Padilla, Magistrada-Juez del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número uno, los autos de procedimiento abreviado número 202/2022, seguidos a instancia, como parte recurrente y como parte recurrida Doña CVG y defendida por el Letrado Don Roberto Menchaca Gómez representada por la procuradora Doña María del Ángel Sanz Amaro contra Ministerio de Sanidad (AEM) representada y defendida por el Abogado del Es-

tado y contra la entidad Allianz Versicherungs Aktiengesellschaft representada por la procuradora Doña Raquel Díaz Ureña y defendía por el Letrado Don Adrián Macías Catalina, se dicta la presente Sentencia con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el presente Juzgado se recibieron las actuaciones procedentes de la Ilma. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en virtud de cinco de octubre de dos mil veintidós. Personada en forma, se presenta por la parte actora escrito de demanda en la que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, interesa " dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso, declare nulo y no conforme a derecho el acto recurrido, y condenando por tanto a la AEMPS (Ministerio de Sanidad) y a ALLIANZ VERSICHERUNGS_AKTIENGESELLSCHAFT (Allianz Alemania) al pago de una indemnización de 25.000 euros, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la interposición de la reclamación administrativa".

SEGUNDO.-Por Decreto se acuerda admitir la demanda interpuesta con la tramitación del procedimiento abreviado, se ordena, el traslado de la misma a la Administración demandada con remisión del expediente administrativo y cita a las partes para la celebración de la vista que se desarrolla con el resultado que obra en autos.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso, cuya cuantía queda fijada en 25.000 euros, se han cumplido las prescripciones legales por este órgano jurisdiccional., salvo el plazo para dictar sentencia a la vista de la cuestión jurídica planteada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Acto impugnado.

El objeto del presente recurso contencioso administrativo la Resolución dictada por la Excm. Sra. Ministra de Sanidad, si bien por delegación en la que se acuerda desestimar la reclamación por responsabilidad patrimonial formulada en solicitud de una indemnización por cuantía de 25.000 euros, en concepto de los daños de toda índole sufridos como consecuencia de la utilización del producto Ala Octa durante las intervenciones quirúrgicas que se le realizaron en su ojo izquierdo en abril y mayo de 2015.

SEGUNDO.- Pretensiones y motivos de impugnación y oposición a la impugnación.

La pretensión ejercitada por la parte actora es la declarativa de no conformidad a derecho con nulidad fundamentada, de forma sucinta, en la STS Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia de 21.12.20, nº 1806/2020, notificada el 21.1.21 y en la existencia de relación causal entre los daños personales de la recurrente, entre siguiendo escrupulosamente el criterio sostenido por el Tribunal Supremo, y la falta de control y labores de inspección que eventualmente podrían haber evitado la exposición del paciente al producto, con una retirada del mismo previa a la intervención. En cuanto a la pretensión dirigida contra la aseguradora del fabricante se alega que, sobre lo sostenido por el TS en la citada sentencia, y lo que consta en autos, “...no se trata solo de un producto defectuoso, mal 5 fabricado y tóxico; para que el daño se produjera, tal producto hubo de entrar en contacto con el ojo izquierdo de Concepción Villanueva. Y esta situación podría haberse evitado con un cumplimiento del artículo 7 del Real Decreto 1275/2011 en lo que a inspecciones y farmacovigilancia se refiere. Por ello resulta imposible, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo (ut supra), estudiar ambas por separado y por ello, desde el punto de vista del actor ambas entidades, fabricante (y por ende su aseguradora), y quien tenía en su mano el control sobre la bioseguridad del producto son responsables, y tal responsabilidad se acciona en el presente procedimiento.

Por el Abogado del Estado se formula oposición expresa y se interesa la conformidad de la resolución impugnada. Alega en el acto de la vista que no se discute de la pretensión ejercitada de responsabilidad otro elemento que no sea la relación de causalidad, reiterando los argumentos expuestos en la resolución impugnada, en definitiva que el producto sanitario no están sometidos a evaluación ni autorización de comercialización por las autoridades nacionales de los Estados Miembros y circulan libremente en el territorio comunitario siempre que vayan provistos del marcado CE. El marcado CE otorga presunción de conformidad en los productos que lo llevan. Los Estados Miembros no pueden impedir en su territorio, la comercialización ni la puesta en servicio de los productos que ostentan el marcado CE, a menos que se demuestre que presentan riesgos para la salud. Toda persona que comercialice o ponga en servicio un producto de clase III, IIb o IIa, debe dirigir una comunicación a la AEMPS en el momento en que haga efectiva la primera comercialización del producto en España, en cumplimiento con el artículo 22 del Real De-

creto 1591/2009, de 16 de octubre. La AEMPS mantiene un registro de comunicaciones de estos productos. De acuerdo con la información disponible en esta Agencia, la empresa distribuidora W.M. Bloss S.A, realizó la comunicación de puesta en el mercado para el producto Ala Octa, el 9 de enero de 2013, exponiendo todas y cada una de la medidas que la AEM desplegó una vez que el 26 de junio de 2015 recibe la primera notificación de sospecha de casos por la empresa distribuidora. Afirma que la AEM no puede entrar en el ámbito competencial de la Agencia Europea del Medicamento.

Por la asegurada codemandada se opone falta de legitimación pasiva al no quedar determinada la responsabilidad del daño causado por la entidad asegurada, que no se ha solicitado, falta de legitimación pasiva por no existir acción directa en el Derecho Alemán.

TERCERO.- Los antecedentes de los que se parten son:

-La actora insta procedimiento de reclamación patrimonial frente al Servicio Cántabro de Salud. Frente a la desestimación en este procedimiento, se interpuso recurso contencioso administrativo que dio lugar a la desestimación de su demanda, en primera instancia. Posteriormente, esta fue revocada en apelación, mediante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de fecha 28 de septiembre de 2018, y en la que se estableció la responsabilidad del Servicio Cántabro de Salud fijando una indemnización de 25.000 euros más los intereses legales. La sentencia del TSJ fue casada por la STS Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia de 21.12.20, nº 803/2019, notificada el 21.1.21.

-El 5 de enero de 2022, tuvo entrada en el Registro de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, adscrita al Ministerio de Sanidad, la solicitud por la que reclama la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en las que se expresa que “La interesada fue intervenida quirúrgicamente de desprendimiento de retina del ojo izquierdo los días 13 abril y 11 de mayo de 2015, en el Hospital Sierrallana, dependiente del Servicio Cántabro de Salud. En dichas intervenciones le fue aplicado el producto Ala Octa, lote 050514, que, posteriormente, fue objeto de alerta sanitaria y orden de retirada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios; en concreto la orden de retirada tuvo lugar el 26 de junio de 2015. La evolución postoperatoria de la Sra. Villanueva fue des-

favorable concluyendo con ceguera total por afectación del nervio óptico. El citado expediente culmina con la Resolución dictada por la Excm. Sra. Ministra de Sanidad, si bien por delegación, en la que se acuerda desestimar la reclamación por responsabilidad patrimonial formulada en solicitud de una indemnización por cuantía de 25.000 euros, en concepto de los daños de toda índole sufridos como consecuencia de la utilización del producto Ala Octa durante las intervenciones quirúrgicas que se le realizaron en su ojo izquierdo en abril y mayo de 2015.

CUARTO.- En cuanto a la acción de responsabilidad patrimonial frente a la AEM.

Dispone el artículo 106.2 de la Constitución Española que "los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Siendo, sus principios desarrollados por los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, en particular, interesada destacar que conforme el artículo 34.1 de la citada ley "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...".

La citada responsabilidad patrimonial de la Administración exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Un hecho imputable a la Administración, bastando con acreditar que un daño antijurídico se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público; b) 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 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; c) Relación de causalidad entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido d) Ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización y distinta del caso fortuito, supuesto éste que sí impone la obligación de indemnizar.

En concreto, el nexo causal exige que medie la necesaria relación entre el funcionamiento del servicio público y el daño antijurídico, de suerte que sea éste consecuencia de aquél. Por otra parte, frente a la exigencia tradicional y más restrictiva de una antigua jurisprudencia identificada con la teoría de la causalidad

exclusiva (entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero, 24 de marzo y 20 de junio de 1984, 30 de diciembre de 1985, 20 de enero y 2 de abril de 1986, 20 de junio de 1994, 2 de abril y 23 de julio de 1996, 1 de abril de 1997, etc.), que exige la prueba plena de una intervención directa, inmediata y exclusiva de la administración en la producción del daño y que comporta la desestimación sistemática de todas las pretensiones de indemnización cuando interfiere en la relación causal, de alguna manera, la culpa de la víctima o de un tercero, como señala la STS, Contencioso sección 6 del 05 de junio de 2008, número de Recurso: 4152/2004 "(...) esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado, entre otras, en sus Sentencias de 29 de mayo de 1991, 27 de noviembre de 1993, 19 de noviembre de 1994, 25 de febrero de 1995, 1 y 11 de julio de 1995, 30 de septiembre de 1995, 2 de marzo de 1996, 26 de octubre de 1996, 25 de enero de 1997, 26 de abril de 1997, 16 de diciembre de 1997, 28 de febrero de 1998 y 24 de octubre de 1998, que la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes, pero, si existen éstas, se ha de moderar proporcionalmente la reparación a cargo de la Administración...".

Así señala la STS 09-05-2000 que "Esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado que la Administración queda exonerada, a pesar de que su responsabilidad patrimonial sea objetiva, cuando es la conducta del perjudicado o de un tercero la única determinante del daño producido aunque haya sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias 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 y 13 de marzo de 1999 y 15 de abril de 2000). Es decir, "se ha consolidado la doctrina conforme a la cual ya no exige la exclusividad (sentencias del Tribunal de 12 de febrero, 30 de marzo y 12 de mayo de 1982 y 11 de octubre de 1984, entre muchas otras), particularmente en los supuestos de funcionamiento anormal del servicio público, y, por tanto, no excluye la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando interviene en la producción del daño, además de ella misma, la propia víctima (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero, 7 de julio y 11 de octubre de 1984, 18 de diciembre de 1985, 28 de enero de 1986, 23 de noviembre de 1993, 18 de noviembre de 1994 y 4 de octubre de 1995) o un tercero (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1974, 23 de marzo de 1979 y 25 de enero de 1992), salvo que la conducta de uno o de otro sean tan intensas que el daño no se hubiera pro-

ducido sin ellas (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1980, 16 de mayo de 1984 y 5 de diciembre de 1997).

Supuestos éstos en los que procede hacer un reparto proporcional equitativo del importe de la indemnización entre los distintos agentes que participaron de forma concurrente en la producción del daño (sentencias de Tribunal Supremo de 17 de marzo y 12 de mayo de 1982, 31 de enero y 11 de octubre de 1984, entre otras).

A su vez, y siempre para los supuestos de concurso causal, lo que constituye el supuesto normal que presenta habitualmente la realidad de las cosas en relación con los daños sufridos por un ciudadano en sus relaciones con la administración y que se manifiestan habitualmente como efecto de una pluralidad de causas, encadenadas o no entre sí, la jurisprudencia y la doctrina han venido imponiendo soluciones de justicia del caso concreto más inspiradas en la intuición y la equidad, que además conviven entre sí, identificables con la denominada teoría de la equivalencia de condiciones, que ante la pluralidad de causas y ante la constatación de que la ausencia de cualquiera de ellas hubiera evitado el daño otorga prioridad a la reparación del daño sobre cualquier otra consideración, sin discriminar la dispar relevancia de las diferentes causas concurrentes en el proceso y estableciendo una suerte de solidaridad tácita entre todos los causantes del daño (entre muchas otras, sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1983 y de 23 de mayo de 1984), o con la teoría de la causalidad adecuada o causalidad eficiente, que lleva a seleccionar entre el conjunto o cadena de circunstancias causantes del daño aquella que por sí sola sea idónea y decisiva en el caso concreto, cargando la obligación de soportar las consecuencias del daño a uno sólo de los causantes del mismo (entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1982, 28 de octubre o 28 de noviembre de 1998)” (STSJNA Contencioso sección 1 del 26 de julio de 2022, número de recurso 179/2022).

Asimismo, en cuanto a la relación de causalidad, como señala la SAN sección 1 del 22 de noviembre de 2019 número de Recurso: 307/2017... “...La relación de causalidad no opera del mismo modo en el supuesto de comportamiento activo que en el supuesto de comportamiento omisivo. Tratándose de una acción de la Administración, basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de aquélla. En cambio, tratándose de una omisión de la Administración, no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad.

Si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada por evitarla sería imputable a la propia Administración, lo que conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. A la Administración sólo se le puede reprochar no haber intervenido si, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba obligada a hacerlo. En definitiva, es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración. Y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar (STS de 10 de Noviembre de 2009, Rec. 2441/2005)....”.

Sentado lo anterior, a la vista de los antecedentes previos al presente expediente administrativo que culmina con la resolución impugnada, a la hora de fijar los hechos controvertidos de la pretensión de responsabilidad patrimonial dirigida contra la AEMPS éste se centra, exclusivamente, en el nexo causal y ello, teniendo muy en consideración lo resuelto por el alto Tribunal en la sentencia de 21 de diciembre de 2020. A tal efecto, la resolución impugnada hace referencia a que: “...El **informe preceptivo evacuado por la AEMPS, el 21 de febrero de 2022**, en la tramitación de este expediente de responsabilidad patrimonial, hace referencia, en primer lugar, a la consideración legal y situación del producto ALA OCTA; señala que este producto “tiene la consideración legal de producto sanitario. Los productos sanitarios se encuentran regulados en España por el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, transposición de la Directiva comunitaria Directiva 93/42/CEE, de 14 de junio, sobre productos sanitarios. Actualmente, esta Directiva se encuentra derogada debido a la entrada en aplicación el 26 de mayo del 2021 del Reglamento (UE) 2017/745, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios. Para comercializarse legalmente en la Unión Europea, los productos sanitarios tienen que estar provistos del marcado CE, distintivo que declara la conformidad del producto con los requisitos de seguridad, eficacia y calidad establecidos en la legislación y que debe figurar en el etiquetado y el prospecto del producto. El producto Ala Octa, fabricado por la empresa alemana Alamedics, se comercializó legalmente con marcado CE como producto sanitario de clase IIa, evaluado por el Organismo Notificado, BSI Group Deutschland, de Alemania, cuyo número de identificación es el 0535. El producto fue distribuido en España por la empresa W.M. Bloss S.A., Barcelona. El producto Ala Octa, en virtud del principio de libre circulación, se comercializó en el mercado español, con el correspon-

diente marcado CE, desde el mes de agosto de 2013 hasta el 26 de junio de 2015, fecha en que la AEMPS decretó su cese de comercialización. Los productos sanitarios, por tanto, no están sometidos a evaluación ni autorización de comercialización por las autoridades nacionales de los Estados Miembros y circulan libremente en el territorio comunitario siempre que vayan provistos del marcado CE. El marcado CE otorga presunción de conformidad en los productos que lo llevan. Los Estados Miembros no pueden impedir en su territorio, la comercialización ni la puesta en servicio de los productos que ostentan el marcado CE, a menos que se demuestre que presentan riesgos para la salud. Toda persona que comercialice o ponga en servicio un producto de clase III, IIb o IIa, debe dirigir una comunicación a la AEMPS en el momento en que haga efectiva la primera comercialización del producto en España, en cumplimiento con el artículo 22 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre. La AEMPS mantiene un registro de comunicaciones de estos productos. De acuerdo con la información disponible en esta Agencia, la empresa distribuidora W.M. Bloss S.A. realizó la comunicación de puesta en el mercado para el producto Ala Octa, el 9 de enero de 2013...". En definitiva, la demandada opone la inexistencia del pretendido deber jurídico de actuar al tratarse de un productos sanitario de clase IIa que ostentaba el marcado CE, evaluado por el Organismo Notificado, BSI Group Deutschland, de Alemania, cuyo número de identificación es el 0535, siendo distribuido en España por la empresa W.M. Bloss S.A., Barcelona.

Sin embargo, lo cierto es que teniendo en consideración que el producto sanitario era de la clase IIa, clasificación que obedece a los riesgos potenciales derivados de su utilización en relación con la vulnerabilidad del cuerpo humano, y que como expresa la resolución impugnada, cuando "... revisó la documentación del sistema de calidad de la empresa ALAMEDICS y el proceso de fabricación, encontrando deficiencias en los controles de la materia prima y de los lotes fabricados. El método de fabricación seguido por Alamedics no garantizaba la seguridad del producto, al no incluir ninguna fase de purificación de una materia prima de uso no médico y los controles efectuados eran insuficientes, ya que no se realizaba un ensayo de citotoxicidad antes de la fabricación de cada lote de producto, por lo que no se podía detectar un cambio en el comportamiento tóxico de la materia prima con el tiempo....", se puede llegar a la conclusión que el incumplimiento del deber de inspección del citado producto sanitario que si compete a la AEM, verificando mediante inspecciones el cumplimiento de las normas de correcta fabricación,

de las normas de buena práctica clínica, de las normas de buena práctica de farmacovigilancia, de las normas de buenas prácticas de laboratorio, y de las buenas prácticas de distribución en el ámbito de las competencias de la Administración General del Estado (artículo 7.21 del Real Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre, por el que se crea la Agencia estatal "Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios" y se aprueba su Estatuto) hubiera permitido rechazar el producto sanitario con el marcado CE. **Es decir, la propia demandada admite que revisando la documentación del sistema de calidad y el proceso de fabricación del producto sanitario, esto es, desplegando la potestad de inspección que tiene conferida pudo constatar el riesgo para la salud del producto sanitario** que a mayor abundamiento es de clase IIa, incumplimiento que hubiera evitado el daño causado, pues precisamente se concede a la demandada para evitarlo y ello, al margen de reconocer que, en efecto, la demanda adopto las medidas necesarias con posterioridad a la primera notificación de incidencia recibida, extremo que en nada afecta a la recurrente por cuanto fue intervenida con anterioridad a dicha fecha.

Por tanto, y al margen de las acciones de repetición que pudieran corresponder a la demandada frente al organismo notificado que identifica, se estima la pretensión por el importe de la indemnización por los daños personales que con base en la citada Sentencia del tribunal Supremo no ha sido discutido por la demanda, esto es, la cuantía de 25.000 euros más los intereses legales desde la fecha de la presentación de la reclamación administrativa ante la AEM, esto es, el 5 de enero de 2022.

QUINTO.- En cuanto a la acción directa entablada contra la aseguradora del fabricante del producto sanitario: prescripción: el motivo se estima. La aseguradora demanda opone, en primer lugar, prescripción de acción, en tanto, ni en el procedimiento seguido culminado en la STS de 21 de diciembre de 2020 ni en el procedimiento administrativo que da lugar a la resolución que hoy se impugna ha tenido intervención alguna, por tanto, habría transcurrido con creces el plazo de prescripción legalmente establecido. De las presentes actuaciones se desprende que la primera reclamación dirigida contra la aseguradora hoy codemandada es la extrajudicial aportada por la parte actora con su demanda y realizada el fecha 17 de enero de 2022. Reclamación efectuada una vez se le notifica la STS de 21 de diciembre de 2020 cuyo fundamento octavo señala: "OCTAVO.- La aplicación de la anterior doctrina lleva consigo que procedamos a casar la sentencia de ins-

tancia, y a desestimar el recurso contencioso administrativo formulado contra el Servicio Cántabro de Salud, pudiendo la recurrente reclamar los perjuicios causados, como consecuencia de la aplicación del gas tóxico de referencia, bien del fabricante, bien del distribuidor, bien de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, o de todos ellos, en el plazo de un año a partir de la notificación de la presente sentencia”.

No obstante, debe hacerse notar que la demandada y pese a solicitarlo de forma expresa el recurrente no dio traslado de la reclamación administrativa de responsabilidad patrimonial presentada a la aseguradora, por lo que como se ha dicho, el 17 de enero de 2022 es la primera reclamación extrajudicial, al margen de recibir el oficio de este Juzgado con fecha de salida 27 de febrero de 2023 y de recepción de 1 de marzo de 2023.

Por tanto, lo primero que debe precisarse es la repercusión o alcance lo expresado en la citada STS de 21 de diciembre de 2020 en lo que a la aseguradora se refiere, aseguradora del fabricante que como éste no fue parte en aquel procedimiento de responsabilidad patrimonial y que entiendo, por esta circunstancia, no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 222.4 de la LEC. Es más, consta en autos también el Auto del TS Sala de lo civil de 27 de abril de 2022 que al inadmitir casación hace firme la sentencia 590/2019 de 10 de diciembre dictada por la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación 608/2019, procedimiento ordinario en el que la aseguradora demanda si era parte, no así la hoy actora pero en la que se resuelve dos de las cuestiones de fondo suscitadas, una de ellas, la fijación del plazo de tres años prescripción en este caso para poder ejercitar la acción directa contra la aseguradora del fabricante del citado producto sanitario, en vez el plazo de un año debatido, de conformidad con el artículo 73 y 76 de la LCS en relación con el artículo 1968 del Código civil). Por tanto, en la medida en que la aseguradora del fabricante no fue parte en el primer procedimiento de responsabilidad patrimonial, que, por ello, no existe pronunciamiento declarativo de la solidaridad en el cumplimiento de obligación a los efectos de poder aplicar el artículo 1974 del Código civil, que a la entidad aseguradora no alude la STS de 21 de diciembre de 2020, aplicando el plazo de tres años para ejercitar la acción directa al que entiendo le resulta de aplicación por los mismos argumentos expresados en la sentencia civil anteriormente referida, no puede sino acogerse la excepción sustantiva de prescripción de acción directa contra la aseguradora code mandada, pues, aun fijando como día inicial la fecha de la primera reclamación patrimonial presentada han

transcurrido más de tres años (de conformidad con el artículo 143 del RD Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre).

SEXTO.- De lo expuesto en los fundamentos anteriores, no se hace expresa imposición de costas procesales a ninguna de las partes, debiendo cada una ellas sufragar las causadas a su instancia, en tanto, existen dudas de derecho que a tenor del artículo 139.1 de la LJCA, así lo justifica. Vistos los preceptos legales citados y en nombre de S.M el Rey

FALLO

1º.-Estimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por parte recurrida Doña CVG representada por la procuradora Doña Maria del Ángel Sanz Amaro y defendida por el Letrado Don Roberto Menchaca Gómez contra la Resolución dictada por la Excm. Sra. Ministra de Sanidad, si bien por delegación en la que se acuerda desestimar la reclamación por responsabilidad patrimonial formulada en solicitud de una indemnización por cuantía de 25.000 euros, en concepto de los daños de toda índole sufridos como consecuencia de la utilización del producto Ala Octa durante las intervenciones quirúrgicas que se le realizaron en su ojo izquierdo en abril y mayo de 2015, siendo parte el Ministerio de Sanidad (AEM) representado y defendido por el Abogado del Estado y la entidad Allianz Versicherungs Aktiengesellschaft representada por la procuradora Doña Raquel Diaz Ureña y defendía por el Letrado Don Adrián Macías Catalina.

2º.-Declaro no conforme a derecho la citada Resolución y anulo, reconociendo como situación jurídica individualizada el derecho de Doña CVG a ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos en la cantidad de 25.000 euros más los intereses legales desde la fecha de la presentación de la reclamación el día 5 de enero de 2022 hasta su total pago.

3º.-Absuelvo a la entidad Allianz Versicherungs Aktiengesellschaft de las pretensiones formuladas en su contra.

4º.- No se hace expresa imposición de costas procesales a ninguno de los litigantes.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que **contra la misma no cabe interponer recurso de apelación por razón de cuantía**. Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgado, lo pronuncio mando y firmo.

Normas

C. Valenciana / Plaza fija sin oposición para especialidades en zonas de difícil cobertura

DECRETO LEY 2/2024, de 21 de febrero, del Consell, de medidas extraordinarias dirigidas a garantizar la asistencia sanitaria integral y en condiciones de equidad en el Sistema Valenciano de Salud (DOGV, 23 de febrero de 2024).

ADS. La Generalidad Valenciana ha publicado un decreto ley que introduce medidas extraordinarias y temporales de selección de personal (concurso de méritos) estatutario con título de especialista en ciencias de la salud, así como de organización, para facilitar la movilidad del profesionales en los nuevos nombramientos entre centros de distintos Departamentos de Salud al objeto de poder garantizar la asistencia sanitaria integral en niveles, zonas y especialidades de difícil cobertura.

La norma permite aplicar de modo extraordinario el sistema de concurso, durante un plazo de tres años desde la entrada en vigor del decreto ley, para impulsar la incorporación urgente, estable y permanente de personal a los puestos de difícil cobertura en los cinco departamentos y las tres zonas básicas de salud indicados.

Los profesionales seleccionados tendrán la condición de estatutarios fijos y podrán participar en los concursos de traslados de su categoría y/o especialidad, o en los sistemas de promoción interna o provisión de plazas de otra categoría y/o especialidad, cuando cumplan los requisitos comunes y acrediten tres años de permanencia en la situación de servicio activo en el centro elegido y adjudicado como destino en el concurso.

Introduce además medidas incentivadoras de formación, carrera y desarrollo profesional, y retributivas aplicables en zonas de difícil cobertura. En los concursos que se convoquen conforme a este decreto ley, los servicios prestados en zonas de difícil

cobertura computarán el triple de la puntuación que se establezca, con carácter general, por cada mes de servicios prestados.

De otro lado, se crean las *agrupaciones sanitarias interdepartamentales*, como entidad organizativa en la que se integran diversos centros, tanto de atención hospitalaria como primaria, pertenecientes a más de un departamento de salud. En el anexo se detallan las agrupaciones que se crean, con indicación de los departamentos de Salud integrados en cada una de ellas, así como de su hospital de referencia. Esta nueva estructura asistencial, basada en la colaboración entre centros, tiene como objetivo garantizar el acceso, en condiciones de equidad, a una asistencia sanitaria de calidad en todo el territorio autonómico, para lo que se prevé la movilidad entre centros en nuevos nombramientos de personal, tal y como prevé el artículo 36 de la Ley 55/2003 del Estatuto Marco.

La aprobación de este ley de medidas extraordinarias de la Comunidad Valenciana se debe a que otras normas adoptadas anteriormente como la regulación de alianzas estratégicas y uso compartido de recursos entre centros del Sistema Valenciano de Salud y otras de incentivación retributiva, de la carrera profesional y de prolongación de la jubilación no han conseguido los objetivos pretendidos.

Las dificultades de cobertura asistencial se dan tanto en primaria como en hospitalaria en distintos Departamentos de Salud que están más alejados de los principales núcleos de población.

Ante la gravedad y persistencia del problema, resulta necesario buscar nuevas fórmulas que vengan a dar respuesta a las dos cuestiones planteadas: favorecer la provisión de puestos de difícil cobertura, y facilitar el uso compartido de recursos entre distintos centros o departamentos.

La nueva norma establece el sistema excepcional de selección del concurso de méritos, cuando lo justifiquen las circunstancias y con las condiciones e incentivos previstos en el decreto ley, "garantizando igualmente en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como los de publicidad y competencia", para garantizar la incorporación inmediata y estable.

Normas

SANIDAD, VIVIENDA, EDUCACIÓN

Comisión de coordinación de la atención sociosanitaria en la Comunidad de Madrid

ACUERDO de 7 de febrero de 2024, del Consejo de Gobierno, por el que se crea la Comisión de Coordinación Sociosanitaria (BOCAM, 14 de febrero de 2024).

ADS. La Comisión de Coordinación Sociosanitaria de la Comunidad de Madrid (CAM) tiene la finalidad de coordinar las políticas de atención sociosanitaria en el ámbito de los centros y servicios de atención social y sanitaria de la región madrileña.

El trabajo coordinado entre las Consejerías competentes es indispensable para llevar a cabo la adecuada atención de los usuarios de los centros y los servicios de atención social y sanitaria, y exige la constitución de una Comisión con funciones específicas en esta materia.

A este nuevo órgano administrativo se asignan funciones de las dos Consejerías competentes, la de Sanidad y la de Asuntos Sociales, para detectar necesidades e iniciativas de mejora de la atención sociosanitaria prestada en los centros y servicios de atención social, para aplicar criterios comunes de asistencia, y para analizar y proponer recomendaciones de colaboración y cooperación entre Sanidad y Asuntos Sociales que sean acordes con la normativa aplicable a los centros donde se prestan los servicios. La Comisión estará compuesta por directivos de ambas Consejerías y de los centros sociales y sanitarios, por titulares de departamentos de ordenación e inspección, de humanización, atención y seguridad del paciente, de asistencia sanitaria, de coordinación sociosanitaria, de recursos humanos, de gestión financiera y de aseguramiento del Servicio Madrileño de Salud. Funcionará en Pleno, en Comisión Ejecutiva y mediante Grupos de Trabajo.

La CAM cuenta además con una Dirección General de Coordinación Sociosanitaria desde junio de 2023.

Ley de apoyo al proyecto de vida de personas con discapacidad en Castilla y León

LEY 1/2024, de 8 de febrero, de apoyo al proyecto de vida de las personas con discapacidad en Castilla y León (BOCyL, 19 de febrero de 2024). Pulsar aquí para ir al texto.

ADS. La nueva ley de Castilla y León establece los apoyos profesionales que deben ser prestados a las personas con discapacidad, para que de forma subsidiaria a los prestados por el entorno natural y los del ámbito comunitario resulten necesarios para que puedan desarrollar su proyecto de vida, respetando su voluntad y preferencias, como garantía de la continuidad de la atención a lo largo de su vida, especialmente en las transiciones inherentes a cada etapa de su ciclo vital, así como en aquellas situaciones de especial vulnerabilidad.

Los apoyos profesionales se prestarán mediante la acción coordinada por parte de las Administraciones públicas de Castilla y León, en el marco de lo establecido en el título VII de la *Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León*, y el título II de la *Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*, principalmente de aquellas con competencia en materia de servicios sociales, sanitarios, educativos, culturales, de acceso a la vivienda, justicia y los de empleo, con especial atención al medio rural.

Esta relevante norma desarrolla la *Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Nueva York, 2006), la *Convención de los Derechos del Niño* (ONU, 1989), la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Estrasburgo, 2007), la *Constitución Española de 1978*, y las más recientes estatales sobre capacidad jurídica (*Ley 8/2021*) y derechos de la discapacidad (Texto Refundido, *Real Decreto Legislativo 1/2013*), además del Estatuto de Autonomía y la *Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León*.

CONTROL Y SEGUIMIENTO

Registro de la Red de laboratorios e infraestructuras de la Comunidad de Madrid

DECRETO 9/2024, de 31 de enero, del Consejo de Gobierno, por el que se crea y regula el funcionamiento del registro de la Red de Laboratorios e Infraestructuras Científico-Técnicas de la Comunidad de Madrid (BOCAM, 6 de febrero de 2024). Pulsar aquí para ir a texto de la norma.

ADS. La Comunidad Autónoma de Madrid (CAM) ha publicado el Decreto que crea el *Registro de la Red de Laboratorios e Infraestructuras científico técnicas* (REDLAB) de la CAM. Su objetivo es elaborar un mapa de la región que facilite el acceso a los avances tecnológicos y sirva de enlace entre estos espacios y las empresas y entidades interesadas en su actividad.

La norma constituye un instrumento esencial para la gestión de los laboratorios, donde se establece el procedimiento a seguir para su inscripción, los requisitos necesarios para su incorporación, así como las funciones de control y seguimiento de los laboratorios registrados, para asegurar el cumplimiento mantenido en el tiempo de los fines perseguidos y de las condiciones que permitieron su inscripción inicial.

En el año 2000, en el marco del III Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica, se creó la Red de Laboratorios de Universidades y Organismos Públicos de Investigación de la CAM, que consistió en crear un catálogo de laboratorios de centros de investigación y universidades de la CAM para generar transferencia del conocimiento del sistema público de investigación al resto de la sociedad. Los avances tecnológicos y el entorno industrial y empresarial sufren cambios profundos en los que se hacen necesarias nuevas herramientas de control, regulación y gestión de la REDLAB, que den a conocer medios y capacidades de los laboratorios de la red y faciliten el acceso de las empresas y entidades interesadas, sirviendo de enlace entre los laboratorios y los potenciales usuarios.

USO SANITARIO, SOCIAL, JUDICIAL

La Rioja regula los usos y el acceso a la historia clínica en su sistema de salud

Decreto 7/2024, de 20 de febrero, por el que se regulan los usos y accesos a la historia clínica en el Sistema Público de Salud de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Pulsar aquí para ir a texto de la norma (BOR, 22 de febrero).

ADS. Esta norma de La Rioja supone una regulación avanzada de los usos y acceso de la historia clínica que desarrolla la ley básica, la Ley 41/2002, sobre información y documentación clínica.

Establece requisitos de uso y acceso a la historia clínica (HC) para que tenga el máximo control y trazabilidad del motivo de consulta y los profesionales que acceden, sean o no profesionales de la salud, ya que la finalidad principal de la HC es "facilitar la asistencia sanitaria del paciente".

Así, se define que la cumplimentación de la HC es obligación *individual* de todos los profesionales que intervienen en la asistencia al paciente, en la que se deben evitar anotaciones subjetivas.

La norma riojana regula la historia clínica única para cada paciente, la HC resumida, los *módulos de especial custodia* (con determinados contenidos de la historia clínica como las áreas de genética, sexualidad y reproducción, psiquiatría, donación y trasplante de órganos y tejidos, enfermedades infecciosas que puedan perjudicar su vida social o laboral, eutanasia, datos relativos a la violencia de sexo y otros que puedan considerarse pertinentes, bien a petición del propio paciente o del profesional responsable del mismo), el secreto, y los derechos de acceso por pacientes y por profesionales sanitarios y no sanitarios, así como de centros sociosanitarios públicos y concertados, de instituciones penitenciarias, con fines de investigación epidemiológica y judiciales, por centros de educación especial, a efectos de responsabilidad patrimonial, civil o penal, por facturación de servicios sanitarios, y por otros motivos especiales.

Los pacientes podrán otorgar voluntades ante profesionales de la salud en Cataluña

Ley 2/2024, de 6 de febrero, de modificación de la Ley 21/2000, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica (BOE 24.02.2024).

ADS. La Generalidad de Cataluña ha modificado el apartado 2 del artículo 8 de la *Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica*.

El objeto es incluir un nuevo apartado en el que se reconoce la posibilidad de otorgar el documento de voluntades anticipadas ante los profesionales sanitarios, de forma que estos profesionales puedan cumplir también la función de testigo. Esta posibilidad permitirá agilizar la tramitación del documento y facilitar su otorgamiento y presentación sin perder el debido rigor en la prestación del testimonio, siempre que el otorgante sea una persona mayor de edad, con capacidad suficiente y haya expresado sus instrucciones libremente, tal y como lo exige el artículo 8.1 de la Ley.

Actualmente, quien normalmente informa a los pacientes sobre la posibilidad de otorgar el documento de voluntades anticipadas, les orienta en los aspectos y las situaciones que conviene tener en cuenta al redactarlo y sobre las opciones y el contenido del documento son los enfermeros y los trabajadores sociales sanitarios adscritos a los centros de atención primaria, a los centros hospitalarios y a los centros sociosanitarios. Por lo tanto, reconocer a los profesionales sanitarios el papel de testimonio en el otorgamiento del documento de voluntades anticipadas no implica más que completar a través de una continuación lógica la función que ya prestan actualmente. Esta medida permitirá agilizar la tramitación de la inscripción del documento en el *Registro de voluntades anticipadas*, tramitación que ya puede realizarse desde los centros sanitarios.

Reseñas

II Congreso Internacional de Bioética de la Cátedra del doctor Jérôme Lejeune

ADS. El *II Congreso Internacional de Bioética de la Cátedra Internacional de Bioética Jérôme Lejeune* (17 y 18 de mayo 2024, Roma) tiene como objetivo analizar principales desafíos bioéticos contemporáneos a la luz del pensamiento y el legado del médico y profesor Jérôme Lejeune, poner de relieve la riqueza, profundidad y actualidad de su pensamiento, e iluminar los retos bioéticos actuales para preservar la dignidad de la persona en toda circunstancia.

Las ponencias se presentarán desde una perspectiva interdisciplinar, con argumentos basados en la ciencia, la ética y la razón, sobre las principales cuestiones emergentes de Bioética y Ética Médica en el campo de la Genética, la Biotecnología y la Neurociencia, aplicadas a la vida humana y a la salud de las personas: la edición genética de embriones humanos con finalidad terapéutica o de mejora; el diagnóstico prenatal, las técnicas de reproducción asistida, las madres de alquiler y los úteros artificiales; el "embrión de tres progenitores" y los desafíos de la biología sintética; los cuidados al final de la vida y los cuidados paliativos neonatales; o los desafíos éticos y profesionales que presentan las leyes sobre eutanasia, la disforia de sexo o el tratamiento hormonal de menores. Finalmente, se abrirá el debate científico a la reflexión desde un enfoque basado en la naturaleza humana y el Derecho natural.

El congreso está especialmente recomendado para investigadores, científicos, médicos, enfermeros y demás personal sanitario; filósofos y juristas, profesores y formadores en general; público en general y toda persona interesada en formarse sobre las cuestiones bioéticas que plantean la ciencia y la tecnología contemporáneas y futuras. Programa e información sobre inscripciones disponible en:

<https://internationalbioethicscongress.org/es/>

Breves

Madrid creará la figura del facilitador de personas con discapacidad en sedes judiciales

La Comunidad de Madrid regulará la figura del experto facilitador para prestar apoyo a personas con discapacidad en las sedes judiciales--juzgados adscritos a alguno de los 21 partidos judiciales de la región, la Audiencia Provincial y el Tribunal Superior de Justicia, según el consejero de Presidencia, Justicia y Administración Local, Miguel Ángel García. El servicio de facilitador judicial estará incluido dentro del protocolo de peritos judiciales.

Incremento de retribuciones en sector público

El Consejo de Ministros del 6 de febrero aprobó el incremento retributivo del 0,5% para el conjunto de empleados de las Administraciones Públicas. Esta alza salarial se produce por la evolución del PIB nominal, cuyo dato avanzado de 2023 ha superado el 6% recogido en el cuadro macroeconómico que acompañaba a las cuentas públicas, según los datos comunicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE). La subida tendrá efectos retroactivos para todo el año 2023.

Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes

El Consejo de Ministros del 13 de febrero acordó tomar conocimiento de la entrada en vigor del convenio para limitar la contaminación por 'COP', productos químicos que poseen ciertas propiedades tóxicas y que, contrariamente a otros contaminantes, son resistentes a la degradación, lo que los hace especialmente perjudiciales para la salud humana y el medio ambiente. Los COP se acumulan en los tejidos de los organismos vivos a través de la cadena alimentaria, son transportados por el aire, el agua y las especies migratorias, y se depositan de forma permanente en los ecosistemas terrestres y acuáticos. Durante la décima Conferencia de las Partes, que tuvo lugar en Ginebra del 6 al 17 de junio de 2022, fue adoptada una enmienda al Anexo A del Convenio, consistente en la incorporación al mismo del ácido perfluorohexano sulfónico (PFHxS), sus sales y los compuestos conexos del PFHxS.

Convenio de Minamata sobre el mercurio

El Consejo de Ministros del 13 de febrero acordó tomar conocimiento de la entrada en vigor de las enmiendas al Anexo A del Convenio de Minamata sobre el mercurio, adoptadas en Bali el 25 de marzo de 2022, que consisten en incluir nuevas categorías de productos con mercurio añadido en la primera parte del Anexo (productos sujetos al artículo 4, párrafo 1 del Convenio, en el que se relacionan los que son objeto de prohibición para su fabricación, importación y exportación a partir de la fecha establecida) y la previsión de nuevas medidas en la segunda parte (productos sujetos al artículo 4, párrafo 3 del Convenio, donde se relacionan los que serán objeto de medidas adoptadas por las Partes).

El Convenio de Minamata sobre el mercurio, hecho en Kumamoto el 10 de octubre de 2013, tiene por objeto proteger la salud humana y el medio ambiente frente a las emisiones y liberaciones antropógenas de mercurio y sus compuestos. Fue ratificado por España el 13 de diciembre de 2021 y entró en vigor para nuestro país el 13 de marzo de 2022. El depositario ha notificado a las Partes la entrada en vigor de las Enmiendas con fecha 28 de septiembre de 2023.

Ayudas a proyectos de investigación

El Consejo de Ministros del 13 de febrero aprobó el acuerdo que autoriza a la Agencia Estatal de Investigación la concesión directa de ayudas, del año 2024, a proyectos de investigación seleccionados en las convocatorias competitivas internacionales y acciones concertadas internacionales de carácter científico-técnico, en el marco de actuaciones de Proyectos de Colaboración Internacional, del Programa Estatal para Afrontar las Novedades de Nuestro Entorno, Subprograma Estatal de Internacionalización, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, por importe de 23.500.000 euros.

Derechos de gases de efecto invernadero

El Consejo de Ministros del 24 de febrero aprobó el anteproyecto de ley que modifica la *Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero*, a los efectos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Normas para limitar la exposición a sustancias peligrosas en el trabajo

El Parlamento Europeo adoptó el 7 de febrero nuevos valores límite de exposición al plomo por primera vez en cuarenta años y para los diisocianatos por primera vez en la historia. Ambas sustancias son de uso habitual en la renovación de edificios y en la fabricación de baterías, turbinas eólicas y para que los vehículos eléctricos sean más ligeros. La exposición al plomo puede afectar a la fertilidad de mujeres y hombres y al desarrollo del feto. También puede dañar el sistema nervioso, los riñones y causar hipertensión. Los nuevos límites, actualizados por primera vez desde 1982, se fijarán en menos de una cuarta parte de los valores actuales. La Comisión Europea revisará estos límites en cinco años para proteger a trabajadoras en edad fértil, teniendo en cuenta los últimos datos científicos.

Los diisocianatos son una de las causas más comunes del **asma ocupacional** y pueden causar reacciones alérgicas. Los diisocianatos son compuestos orgánicos usados en la fabricación de productos de poliuretano como espumas rígidas y flexibles, revestimientos, adhesivos, selladores y elastómeros.

Por lo que la exposición a diisocianatos se produce durante la aplicación y manipulación de productos de poliuretano en forma líquida o pastosa, independientemente de si son realizadas mediante pistola, brocha o rodillo.

Dichas actividades se realizan en una gran diversidad de sectores industriales, como la industria del mueble, el automóvil, la naval, la **farmacéutica** o la **fitosanitaria**, entre otras. Sin embargo, los diisocianatos ya no se encuentran presentes en los productos de poliuretano acabados y curados una vez aplicados. Algunos trabajadores han estado expuestos al plomo durante varios años y han acumulado niveles de plomo en sangre muy por encima de cualquier nuevo valor límite. Para proteger la salud de estos trabajadores de manera más robusta, los controles médicos tendrán que realizarse regularmente para ver si pueden continuar las tareas que implican la exposición al plomo.

Reglamento de servicios digitales

El 17 de febrero comenzó a aplicarse a los intermediarios en línea de la UE el Reglamento de Servi-

cios Digitales, el histórico código normativo de la UE cuyo objetivo es hacer que el entorno en línea sea más seguro, justo y transparente. Los servicios intermediarios en línea pueden ser de mera transmisión, de memoria caché y de alojamiento de datos.

En virtud de la Ley de Servicios Digitales, los usuarios de la UE estarán mejor protegidos contra los bienes y contenidos ilícitos, y sus derechos se verán reconocidos en las plataformas en línea en las que se conecten con otros usuarios, compartan información o compren productos.

Las disposiciones de la norma se refieren, entre otras cuestiones, a la prevención de riesgos y de los efectos negativos sobre la salud pública de los servicios y la información o las campañas de desinformación relacionadas con la salud pública.

Durante catástrofes, guerras y con motivo de actos de terrorismo, así como pandemias y otras amenazas transfronterizas graves para la salud pública, la Comisión Europea podrá exigir por la adopción de medidas urgentes de respuesta y de adaptación de contenidos y de la publicidad para ofrecer información fiable. Los Estados miembros designarán una o varias autoridades competentes responsables de la supervisión de los prestadores de servicios intermediarios y de la ejecución del Reglamento.

TC / Es discriminatorio negar los "salarios de tramitación" a las embarazadas despedidas

El Tribunal Constitucional (TC) ha declarado que constituye discriminación por razón de sexo la negativa de la Administración a pagar los "salarios de tramitación" a las embarazadas por despido nulo en relación con las que sí los cobran cuando el despido se califica como improcedente.

UNIÓN EUROPEA

Unión Europea (DOUE 1645 de 22/02/2024)

Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia.

Unión Europea (DOUE 1459 de 14/02/2024)

Decisión de la Comisión, de 24 de enero de 2024, que crea la **Oficina Europea de Inteligencia Artificial**.

Unión Europea (DOUE 568 de 14/02/2024)

Reglamento (UE) 2024/568 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de febrero de 2024, relativo a las **tasas y gastos cobrados por la Agencia Europea de Medicamentos**, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2017/745 y (UE) 2022/123 del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan el Reglamento (UE) nº 658/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 297/95 del Consejo.

Unión Europea (DOUE 591 de 21/02/2024)

Reglamento de Ejecución (UE) 2024/591 de la Comisión, de 20 de febrero de 2024, por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2022/2389 en lo que respecta al establecimiento de los índices de frecuencia de los **controles de identidad y físicos de los envíos de vegetales, productos vegetales y otros objetos que se introduzcan en la Unión**.

Decisión de Ejecución (UE) 2024/581 de la Comisión, de 16 de febrero de 2024, relativa a la **norma armonizada para la acreditación de laboratorios clínicos** elaborada en apoyo del Reglamento (CE) n.º 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo.

DO L, 2024/581, 20.02.2024.

Unión Europea (DOUE 573 de 20/02/2024)

Reglamento (UE) 2024/573 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de febrero de 2024, sobre los **gases fluorados de efecto invernadero**, por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, y se deroga el Reglamento (UE) nº 517/2014.

Unión Europea (DOUE 590 de 20/02/2024)

Reglamento (UE) 2024/590 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de febrero de 2024, sobre las sustancias que agotan la capa de ozono, y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1005/2009.

Unión Europea (DOUE 645 de 20/02/2024)

Decisión (PESC) 2024/645 del Consejo, de 19 de febrero de 2024, en favor de reforzar la **protección y la seguridad biológicas** en América Latina en consonancia con la aplicación de la Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la no proliferación de las armas de destrucción masiva y sus sistemas vectores.

Unión Europea (DOUE 390 de 19/02/2024)

Decisión nº 1/2023 del Comité Mixto establecido por el Convenio regional sobre las **normas de origen preferenciales paneuromediterráneas**, de 7 de diciembre de 2023, relativa a la modificación del Convenio regional sobre las normas de origen preferenciales paneuromediterráneas [2024/390].

Unión Europea (DOUE 574 de 16/02/2024)

Reglamento de Ejecución (UE) 2024/574 de la Comisión, de 15 de febrero de 2024, que especifica los **formatos técnicos** para los informes de los Estados miembros de conformidad con el Reglamento (UE) nº 1143/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1454 de la Comisión.

Unión Europea (DOUE 90105 de 16/02/2024)

Corrección de errores de la Recomendación (UE) 2024/440 de la Comisión, de 2 de febrero de 2024, relativa a la utilización de **coeficientes de dosis** para la estimación de la dosis efectiva y la dosis equivalente a efectos de la Directiva 2013/59/Euratom del Consejo.

Reglamento Delegado (UE) 2024/436 de la Comisión, de 20 de octubre de 2023, por el que se completa el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo estableciendo las normas relativas a la realización de **auditorías de las plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño**. DOUE nº 436, de 2 de febrero de 2024, páginas 1 a 31 (31 págs.) DOUE-L-2024-80162

Directiva (UE) 2024/505 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de febrero de 2024, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE en lo que se refiere al reconocimiento de las cualificaciones profesionales de los **enfermeros responsables de cuidados generales formados en Rumanía**. DO L, 2024/505, 12.02.2024.

Reglamento de Ejecución (UE) 2024/482 de la Comisión, de 31 de enero de 2024, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo

concerniente a la adopción del esquema europeo de certificación de la ciberseguridad basado en los criterios comunes (EUCC). DOUE nº 482, 7 de febrero de 2024.

Decisión de la Comisión, de 24 de enero de 2024, por la que se crea la Oficina Europea de Inteligencia Artificial. DOUE nº 1459, de 14 de febrero de 2024.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Real Decreto 203/2024, de 27 de febrero, por el que se desarrollan aspectos relativos a la asignación gratuita de **derechos de emisión** para los años 2026-2030 y otros aspectos relacionados con el régimen de exclusión de instalaciones a partir de 2026. *BOE*, 27 de febrero. En esta norma se regula el **régimen de exclusión para el periodo de asignación 2026-2030 aplicable a los hospitales** y de las instalaciones de pequeño tamaño, entendiendo por instalaciones de pequeño tamaño aquellas que emiten menos de 25.000 toneladas equivalentes de dióxido de carbono anuales, así como el régimen particular de exclusión de las instalaciones que emiten menos de 2.500 toneladas equivalentes de dióxido de carbono anuales.

Resolución de 19 de febrero de 2024, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica la Adenda de prórroga del **Convenio entre la Generalitat Valenciana y el Instituto Social de la Marina, en el ámbito de la cesión o comunicación de datos de carácter personal** y el acceso del personal sanitario a los sistemas de información necesarios para la realización de los reconocimientos médicos de embarque marítimo.

BOE, 27 de febrero de 2024.

Orden PJC/51/2024, de 29 de enero, por la que se desarrollan las **normas legales de cotización a la Seguridad Social**, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2024. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes (BOE 26 de 30/01/2024)

Resolución de 12 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la modificación del VIII **Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes** y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio). Ministerio de Trabajo y Economía Social (BOE 47 de 22/02/2024).

Orden PJC/133/2024, de 20 de febrero, por la que se modifica, en lo que respecta a exenciones relativas al

uso de plomo y mercurio, el anexo IV del Real Decreto 219/2013, de 22 de marzo, sobre **restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos**. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes (BOE 46 de 21/02/2024).

ANDALUCÍA

Plan de empleo de personas con discapacidad

Acuerdo de 21 de febrero de 2024, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del II Plan de Empleo de Personas con Discapacidad en la Comunidad Autónoma de Andalucía 2024-2028 (BOJA de 26 de febrero de 2024).

Homologación de niveles de carrera

Resolución de 7 de febrero del 2024, de la Dirección General de Personal del Servicio Andaluz de Salud, por la que se regula el procedimiento de homologación de los niveles de Carrera/Desarrollo Profesional acreditados por profesionales del Servicio Andaluz de Salud procedentes de otros Servicios de Salud u otras Agencias Administrativas.

Instrucciones para anticipo de nómina

Resolución de 30 de enero de 2024, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se establece el plazo de presentación de solicitudes y se dictan instrucciones en relación al procedimiento de concesión de anticipos reintegrables de nómina para el personal empleado público, correspondiente al ejercicio 2024.

(BOJA de 2 de febrero de 2024).

ARAGÓN

Margen de oficinas de farmacia, índice corrector

Orden SAN/167/2024, de 19 de febrero, por la que se modifica la Orden de 12 de diciembre de 2012, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, por la que se establece el procedimiento para la aplicación del índice corrector del margen de dispensación de las Oficinas de Farmacia.

(BOA 27 febrero 2024).

Transporte sanitario del sistema de salud

Decreto 14/2024, de 30 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la prestación del transporte sanitario por carretera del Sistema de Salud de Aragón (BOA de 7 de febrero de 2024).

Uso de mascarillas

Orden SAN/94/2024, de 30 de enero, por la que se deroga la 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 31 de enero de 2024).

ASTURIAS

Reglamento de directivos de la Administración

Decreto 9/2024, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Personal Directivo Profesional de la Administración del Principado de Asturias (BOPA de 13 de febrero de 2024).

CASTILLA Y LEÓN

Apoyo al proyecto de vida de las personas con discapacidad

Ley 1/2024, de 8 de febrero, de apoyo al proyecto de vida de las personas con discapacidad en Castilla y León (BOCYL de 19 de febrero de 2024).

CATALUÑA

Derechos de información del paciente, modificación

Ley 2/2024, de 6 de febrero, de modificación de la Ley 21/2000, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica. DOGC nº 9096, de 07/02/2024.

Consejo de la discapacidad

Decreto 30/2024, de 30 de enero, de modificación del Decreto 156/2014, de 25 de noviembre, del Consejo de la Discapacidad de Cataluña (DOGC 1 febrero 2024).

COMUNIDAD VALENCIANA

Medidas extraordinarias dirigidas a garantizar la asistencia sanitaria integral

Decreto Ley 2/2024, de 21 de febrero, del Consell, de medidas extraordinarias dirigidas a garantizar la asistencia sanitaria integral y en condiciones de equidad en el Sistema Valenciano de Salud (DOGV 23 feb. 2024).

Comisión Interdepartamental para la mejora de la eficiencia del gasto público

Decreto 18/2024, de 6 de febrero, del Consell, por el

que se crea la Comisión Interdepartamental para la mejora de la eficiencia del gasto público de la Generalitat (DOGV de 9 de febrero de 2024).

Unidad de emergencias

Decreto 20/2024, de 13 de febrero, del Consell, por el que se deroga el Decreto 13/2023, de 17 de febrero, del Consell, por el que se crea la Unidad Valenciana de emergencias, y se modifica el Decreto 129/2018, de 7 de septiembre, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio de Bomberos Forestales de la Generalitat (DOGV de 15 de febrero de 2024).

GALICIA

Comisión seguimiento de 'plan de obesidad cero'

ORDEN de 15 de febrero de 2024 por la que se crea y se regula la Comisión Técnica para el seguimiento y la evaluación del Plan obesidad cero en Galicia.

Compensación gastos en el desplazamiento y otros en el ámbito del Sistema público de salud

Orden de 8 de febrero de 2024 por la que se regula el procedimiento de compensación por gastos de desplazamiento, alojamiento y manutención en el ámbito del Sistema público de salud de Galicia (código de procedimiento SA462D) (DOG de 16 de febrero de 2024).

Procedimiento de acreditación y Consejo de acreditación de centros sanitarios

Decreto 18/2024, de 11 de enero, por el que se establece el procedimiento para la acreditación de centros sanitarios y se crea y se regula el funcionamiento del Consejo Autonómico de Acreditación de Centros Sanitarios de la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG de 9 de febrero de 2024).

Régimen de registro, autorización, acreditación y la inspección de los servicios sociales

Decreto 21/2024, de 1 de febrero, por el que se modifica el Decreto 254/2011, de 23 de diciembre, por el que se regula el régimen de registro, autorización, acreditación y la inspección de los servicios sociales en Galicia (DOG de 14 de febrero de 2024)

Uso de mascarilla

Orden de 29 de enero de 2024 por la que se levanta la medida específica de obligación de uso de mascarilla en centros sanitarios asistenciales recogida en la 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 de 30 de enero de 2024).

LA RIOJA

Usos y accesos a la historia clínica

Decreto 7/2024, de 20 de febrero, por el que se regulan los usos y accesos a la historia clínica en el Sistema Público de Salud de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOR de 23 de febrero de 2024).

MADRID

Comisión de coordinación sociosanitaria

Acuerdo de 7 de febrero de 2024, del Consejo de Gobierno, por el que se crea la Comisión de Coordinación Sociosanitaria (BOCAM de 14 de febrero de 2024).

Red de Laboratorios e Infraestructuras Científico-Técnicas de la Comunidad

Decreto 9/2024, de 31 de enero, del Consejo de Gobierno, por el que se crea y regula el funcionamiento del registro de la Red de Laboratorios e Infraestructuras Científico-Técnicas de la Comunidad de Madrid (BOCAM de 2 de febrero de 2024).

NAVARRA

Comité de ética de investigación con medicamentos

Decreto Foral 8/2024, de 31 de enero, por el que se crea y regula el Comité de Ética de la Investigación con medicamentos de la Comunidad Foral de Navarra (CEIm-NA) (BON de 16 de febrero de 2024).

Plan de inspección de servicios sociales

Orden Foral 360/2023, de 20 de diciembre, de la consejera de Derechos Sociales, Economía Social y Empleo, por la que se aprueba el Plan de Inspección en materia de Servicios Sociales en Navarra, para el año 2024 (BON de 8 de febrero de 2024).

PAÍS VASCO

Consejo asesor de cuidados paliativos

Orden de 9 de febrero de 2024, de la Consejera de Salud, de creación del Consejo Asesor de Cuidados Paliativos de Euskadi (BOPV de 19 de febrero de 2024).

Registro de voluntades anticipadas

Decreto 9/2024, de 30 de enero, por el que se regula el Registro Vasco de Voluntades Anticipadas y el otorgamiento de los documentos de voluntades anticipadas (BOPV de 15 de febrero de 2024).

Uso universal de mascarilla

Orden de 31 de enero de 2024, de la Consejera de Salud, por la que se procede a comunicar que decae la obligatoriedad del uso universal de mascarilla en centros sanitarios asistenciales en la Comunidad Autónoma Vasca, pasando a tener carácter de recomendación (BOPV de 2 de febrero de 2024).

PARLAMENTOS

CONGRESO

Proposición de Reforma del artículo 49 de la Constitución Española. Texto definitivo. BOCG nº 56.6, de 16/02/2024

Proyecto de Ley por la que se crea la Agencia Estatal de Salud Pública y se modifica la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. BOCG nº 7.1, de 09/02/2024.

Proyecto de Ley por la que se modifican el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y otras disposiciones en materia laboral, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. BOCG nº 8.1, de 16/02/2024

CORTES VALENCIANAS

Proposición de ley para la reversión de las medidas de protección ante el juego y fomento de la ludopatía en la Comunitat Valenciana.

BOCV nº 41, de 09/02/2024

PARLAMENTO DE CATALUÑA

Proposición de Ley de modificación de la Ley 13/2014, del 30 de octubre, de accesibilidad, relativa a la definición de discapacidad intelectual.