

# Actualidad del Derecho Sanitario

Publicación mensual de Derecho Médico y de la Sanidad

ADS

nº 224

Año 2015

S U M A R I O

Sofosbuvir y el Derecho a la Salud / Carta del Director

FORO SANIDAD Y DERECHO / Medidas  
extraordinarias en situaciones de epidemia

La imprudencia leve queda fuera del Código Penal  
El crédito para fármacos VHC no se aplicará a otras innovaciones  
Aprobado el catálogo de equivalencias de categorías estatutarias  
Convenio europeo de lucha contra el tráfico de órganos

Aplicar a estatutarios el silencio negativo podría ser inconstitucional  
Delito continuado de médico por acceder a historiales de su 'compañera'  
Anulan la renuncia a demandar al médico a cambio de 6.000 euros  
La reintervención por cirugía incompleta es indemnizable  
La constancia de información verbal en registro avala la cesárea urgente  
El hospital no está obligado a entregar copia del consentimiento  
Reabren causa penal contra médico y ATS por muerte de inmigrante  
El gerente de Sacyl no puede firmar la jubilación forzosa  
La jubilación forzosa del interino a los 65 años es improcedente  
El Supremo respalda la exclusión de marcas del sistema de prescripción  
Anulada la Comisión de Evaluación del Medicamento de Aragón

DIRECTRICES UE / Distribución de principios activos de medicamentos  
DIRETRICES UE / Evaluación de riesgos de fabricación de excipientes  
REAL DECRETO / Lista de enfermedades de declaración obligatoria  
LEY / Castilla La Mancha impulsa la farmacia rural

Breves

Boletines Oficiales



M A R Z O

2 0 1 5

# Actualidad del Derecho Sanitario

DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN

## 20 Años

20 TOMOS - 25.000 PÁGINAS - 224 NÚMEROS

*ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO  
conmemora su 20 Aniversario con una  
recopilación de temas destacados en el  
repertorio durante este tiempo*

*Nuestro sincero agradecimiento  
a todos los que hacen posible  
este gran proyecto editorial*



[www.actualderechosanitario.com](http://www.actualderechosanitario.com)

	Sofosbuvir y el Derecho a la Salud / Carta del Director	111
<b>Informes ADS</b>	FORO SANIDAD Y DERECHO / Medidas extraordinarias en situaciones de epidemia	112
	●	
<b>Actualidad</b>	La imprudencia leve queda fuera del Código Penal	119
	El crédito para fármacos VHC no se aplicará a otras innovaciones	120
	Aprobado el catálogo de equivalencias de categorías estatutarias	121
	Convenio europeo de lucha contra el tráfico de órganos	121
<b>Tribunales</b>	Aplicar a estatutarios el silencio negativo podría ser inconstitucional	122
	Delito de médico por acceder a historiales de su 'compañera' y familia	123
	Anulan la renuncia a demandar al médico a cambio de 6.000 euros	132
	La reintervención por cirugía incompleta es indemnizable	137
	La constancia de información verbal en registro de enfermería avala la cesárea	141
	El hospital no está obligado a entregar copia del consentimiento	144
	Reabren causa penal contra médico y ATS de urgencias por muerte de inmigrante	151
	El gerente de Sacyl no puede firmar la jubilación forzosa	157
	La jubilación forzosa del interino a los 65 años es improcedente	166
	El Supremo respalda la exclusión de marcas del sistema de prescripción	171
	Anulada la Comisión de Evaluación del Medicamento de Aragón	174
	●	
<b>Normativa</b>	DIRECTRICES UE / Distribución de principios activos de medicamentos	180
	DIRECTRICES UE / Evaluación de riesgos en fabricación excipientes de fármacos	180
	REAL DECRETO / Lista de enfermedades de declaración obligatoria	181
	LEY. SERVICIOS FARMACÉUTICOS / Castilla La Mancha impulsa la farmacia rural	181
	<b>Breves</b>	182
	<b>Boletines Oficiales</b>	184

**Copyright, derechos de reproducción.** Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con autorización de sus titulares. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Editada por  
INSTITUTO  
DE FOMENTO  
SANITARIO  
© Madrid 2014.  
Derechos  
reservados.  
Los contenidos  
de esta publicación  
no pueden ser  
reproducidos, ni  
comunicados  
públicamente  
sin autorización  
por escrito.

[www.actualderechosanitario.com](http://www.actualderechosanitario.com)

**DIRECTOR** **Iñigo Barreda**  
**REDACCIÓN Y MAQUETACIÓN** **IFS**  
**MARKETING / SUSCRIPCIONES**  
**Actualidad del Derecho Sanitario**  
C/ Oviedo, 34 - B 28223  
Pozuelo de Alarcón - Madrid  
Tf.: (91) 351.43.28  
Fax: (91) 351.27.65  
[ads@actualderechosanitario.com](mailto:ads@actualderechosanitario.com)

CONSEJO ASESOR

**José Antonio Seijas Quintana,**  
*Magistrado del Tribunal Supremo (Sala Civil).*  
**Santiago Pelayo Pardos,** *Abogado.*  
**Julio Galán Cortés,** *Abogado y Doctor en Medicina.*  
**Antonio Piga Rivero,** *médico forense, Gobernador Honorario en The World Association for Medical Law*

**ADS**

ISSN: 1136-6869

DEPÓSITO LEGAL: M-39544-1994  
ADS es una marca registrada.

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



# Sofosbuvir y el **D**erecho a la **S**alud

Sofosbuvir es el principio activo de un medicamento superestrella, *Sovaldi*, que es capaz de curar una enfermedad para la que no había remedio, la hepatitis C crónica. La panacea está autorizada en Europa desde enero del 2014, pero la mayoría de enfermos de VHC todavía no tienen acceso, a pesar de que su financiación pública en España se aprueba en octubre del año pasado.

El fármaco puede curar pero no hacer milagros, es decir, que si no se administra a tiempo lo más probable es que el paciente llegue a fallecer y de hecho fallezca como sucede ahora sin que nadie ponga solución. En combinación con otros medicamentos (daclatasvir, de nombre comercial *Daklinza*; simeprevir, de marca *Olysio*; y ribavirina) *Sovaldi* logra tasas de curación de hasta el 100 % incluso en pacientes que no responden a otros tratamientos.

Es por tanto la única opción terapéutica, o, dicho de otro modo, la tabla de salvación de miles de afectados por la enfermedad. La cirrosis, el estado avanzado de la hepatitis crónica (Fase IV) y la falta de respuesta al interferón -un tratamiento tóxico- son síntomas de urgencia vital que hacen que el tratamiento sea inaplazable. Hay otros enfermos en Fase III y II de distintos genotipos del VHC que también lo requieren de forma urgente. Apenas tiene efectos secundarios. Estamos hablando de un descubrimiento que algunos comparan al de la penicilina ya que la hepatitis por el VHC no tenía cura hasta su aparición, y porque en el mundo hay 170 millones de afectados que se podrían beneficiar. En España la cifra de afectados podría ser de 500.000, de los que al parecer 30.000 están muy graves, según cifras de asociaciones de afectados.

En octubre de 2014, el laboratorio titular, *Gilead*, 'cierra el grifo' del suministro a hospitales que existía a través del programa de uso compasivo. Cuenta desde enero de 2014 con la autorización comercial

para Europa y quiere empezar a obtener ingresos también en España. En octubre de 2014, sofosbuvir ya se financiaba por los sistemas de salud de Luxemburgo, Bélgica y Suiza. Las promesas de nuestro Gobierno a los enfermos se las ha llevado el viento por el 'tira-afloja' de la negociación de precios con el titular de la patente. Como la avaricia rompe el saco, *Sovaldi* ha quedado desplazado en las últimas negociaciones ministeriales por la aparición de nuevas moléculas prometedoras.

El único concurso publicado en el BOE para comprar sofosbuvir -negociado, sin publicidad- a un único proveedor, *Gilead*, es del *Servicio Vasco de Salud*, por un importe de 3.538.125 euros (sin IVA). Sólo llegará para 150 enfermos crónicos. *Gilead* obtiene en su primer año de ventas en el resto del mundo una cifra récord histórica. En Estados Unidos, el laboratorio obtiene la licencia en diciembre de 2013 (en octubre de 2014, la FDA aprueba la píldora de ledipasvir y sofosbuvir para VHC genotipo 1), pero la comunidad científica conoce el éxito de este fármaco desde finales de 2012 por los ensayos.

El precio de *Sovaldi* en Occidente es desorbitado, al principio de su comercialización estaba en torno a 80.000 euros por paciente, precio que se reduce después al aparecer competidores y la amenaza de la licencia obligatoria. Aun así muy pocos afectados pueden afrontarlo, por lo que algunos llegan a viajar a Egipto y a la India a por medicamentos producidos con licencias especiales, con precios en torno a los 900 euros. Otros han tenido que hipotecar la casa. Y como la codicia hace negocio con el sufrimiento ajeno, ya existen usureros que venden *on line* copias ilegales y falsificadas desde China.

Los pacientes necesitan una solución ya: ¿A qué esperan nuestros 17+1 ministerios de la Salud?

**Iñigo Barreda Cabanillas**

---

## FORO SANIDAD Y DERECHO

---

### Medidas extraordinarias en situaciones de epidemia

---

#### El internamiento forzoso, entre la ley y el protocolo

---

La medida de cuarentena para hacer frente al virus ébola fue aplicada a 58 personas que tuvieron contacto con focos de infección. La ley y el protocolo médico avalan el internamiento forzoso o aislamiento preventivo de personas por razón de salud pública, lo que en principio supone una restricción justificada de derechos fundamentales. Un acontecimiento tan extraordinario como el vivido en España con el virus ébola requería también medidas excepcionales de gran impacto para la población, especialmente para pacientes infectados y profesionales sanitarios. El despliegue de recursos en España con motivo del ébolavirus no tiene precedentes, y sí consecuencias de muy diverso orden que fueron analizadas por expertos en el *Foro Sanidad y Derecho*: desde las puramente asistenciales hasta las organizativas, económicas, jurídicas, y, por supuesto, éticas.

---

**XII Sesión Foro Sanidad y Derecho** / Ponentes: Mercedes Fernández de Castro, subdirectora gerente del Hospital La Paz - Cantoblanco - Carlos III; Enrique López López, magistrado de la Audiencia Nacional; Emilio Lizarraga Bonelli, abogado especialista en Derecho Sanitario.

---

**ADS.** El manejo de la crisis por la entrada del virus ébola en España se considera un éxito una vez visto el resultado, ahora bien, superado el problema deben extraerse conclusiones desde la distancia y la reflexión para analizar errores, carencias y deficiencias.

La responsabilidad en situaciones de epidemia es multidireccional y afecta no sólo a políticos, a altos funcionarios del Estado, a profesionales de la salud y a los propios pacientes. Los medios de comunicación tienen también una función principal que cumplir desde comportamientos éticos.

Consciente de la trascendencia social y jurídica que tienen las situaciones de alto riesgo para la salud pública, el *Foro Sanidad y Derecho* convocó en su XII Sesión del Curso 2014-2015 a varios especia-

listas que debatieron sobre 'Las medidas extraordinarias en situaciones de epidemia' en el *Aula Profesor Enrique Jaso del Hospital Universitario La Paz* de Madrid. La especial incidencia en derechos y deberes de pacientes y profesionales directamente afectados por medidas especiales de salud pública es uno de los motivos principales de la convocatoria de esta sesión, moderada por **María Asunción González de la Viuda**, enfermera en ejercicio del Hospital La Paz y también jurista.

**Mercedes Fernández de Castro** fue protagonista en primera línea de la coordinación asistencial de respuesta frente a la crisis del ébola. Como directiva del Hospital Carlos III vivió momentos intensos y difíciles en los que las adversidades son superadas por el trabajo en equipo, el compromiso y la dedicación de los profesionales involucrados.

En el plano de la decisión política de salud pública surge un primer interrogante, y es si los misioneros infectados en África debieron ser o no repatriados en orden a obtener asistencia médica, pues algunos opinan que sólo se podían aplicar medidas paliativas dada la evolución de su enfermedad y que para ello no era necesario el costoso traslado a España. Otros consideran que éstas y otras medidas de tratamiento se podían aplicar *in situ* sin trasladar a los enfermos desplazando a Sierra Leona el operativo necesario.

La futilidad del tratamiento es otro de los aspectos éticos a tratar junto a otros de índole jurídico como es la restricción de derechos fundamentales del enfermo y su entorno más directo. En cualquier caso, por razón imperiosa de salud pública, la cuarentena se hace obligatoria tanto para pacientes como para profesionales y familiares afectados.

### La psicosis: sus efectos

La psicosis juega aquí un papel fundamental: profesionales involucrados de forma más o menos directa en la atención a los tres enfermos de ébola en España -dos misioneros y la auxiliar de enfermería Teresa- son rechazados por sus familiares y vecinos, por lo que el Hospital Carlos III de Madrid tiene que habilitar un espacio con camas para poder acogerlos mientras dura la situación de riesgo.

Mercedes Fernández de Castro explica que cuando se infecta la trabajadora del hospital el problema cobra otra dimensión: "Hay que actuar contemplando el riesgo del paciente, de los trabajadores que atienden al paciente, y de otras personas que han podido entrar en contacto. Se rastreó y se localizó a 58 personas que fueron vigiladas en el Carlos III a solicitud de los propios afectados, que tuvieron una actitud colaboradora en todo momento durante el internamiento".

El alta hospitalaria registraba que el internamiento fue voluntario, pero los afectados exigieron que constara que fue forzoso, no querido. Fernández de Castro indica que "no había tratamiento para el ébola, pero sí medidas de aislamiento, 235 trabajadores en riesgo y 850 situaciones de riesgo, pero

sólo en una se produjo el contagio. Teníamos tratamientos con potencial curativo, se requieren antiviricos específicos y suero autoinmune, lo que se explicó a los pacientes para posteriormente solicitar el consentimiento informado".

### Prerrogativas

El abogado especialista en Derecho Sanitario **Emilio Lizarraga** alude a la *Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública*, "que permite adoptar medidas especiales de salud pública cuando existe indicio racional de peligro para la población, y debe conectarse con la Ley 41/2002, lo que influye en el flujo de la información y en el secreto. Se trata de medidas y actos excepcionales que matizan las obligaciones profesionales".

En efecto, el artículo 9 de la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente prescribe que "los facultativos podrán 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".

Este mismo precepto dispone que en el plazo máximo de 24 horas, siempre que se disponga el internamiento obligatorio de personas, se debe comunicar a la autoridad judicial de acuerdo con lo establecido en Ley Orgánica 3/1986.

Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, los facultativos pueden intervenir en beneficio de la salud del enfermo sin consentimiento, consultando cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él (artículo 9.2.b de la Ley 41/2002).

Para Mercedes Fernández de Castro es claro que el paciente debe ser informado de las decisiones de internamiento forzoso y de la necesidad de aplicación del tratamiento necesario: "Nosotros tuvimos en el hospital dos pacientes y una trabajadora, los dos primeros pidieron el tratamiento".

### *¿La actuación de la Administración está sometida a control?*

Las medidas de internamiento forzoso por riesgos de salud pública afectan a derechos fundamentales, por ello se articulan en una ley que tiene necesariamente el carácter de orgánica. Sería conveniente su actualización, dado el tiempo transcurrido desde su promulgación, para acomodarla a nuevos retos.

### *¿Qué competencias tiene la autoridad sanitaria?*

El artículo 2 de la *Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública* dispone al respecto que “las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad”.

Asunción González de la Viuda lanzó el siguiente interrogante: ¿La actuación de la Administración pública está sometida a control?

### **Enrique López: “Urge una regulación completa de la intervención administrativa y judicial en salud pública”**

El magistrado de la Audiencia Nacional **Enrique López López** apunta que sobre el caso del ébola no se conoce resolución judicial, pero recuerda que en relación con las ‘vacas locas’ se recabó la autopsia de un fallecido, “a lo que la familia se negó, pero el juez después autorizó. La autorización judicial fue excesiva y errónea porque la infección no era de persona a persona, por eso se requiere una urgente regulación completa, sobre todo para los casos en que se presentan varios focos. Se requiere una ley orgánica para sustituir a la de 1986, pues existe el riesgo de la inmigración de África desde donde pueden venir nuevas enfermedades”, añade el magistrado.

Enrique López afirma que “este tema ha sido poco tratado jurídicamente, existe un déficit legal respecto de la materia que no se ha desarrollado suficientemente, sólo hay unas instrucciones sobre ratifica-

ción de limitación de la libertad o la inviolabilidad del domicilio. Por otra parte, se detecta una fatal descentralización, este asunto debería ser de competencia exclusiva del Estado. No hay jurisprudencia mayor y tampoco menor”.

Trae a colación el magistrado una sentencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* de enero de 2005 sobre un caso de sida en el que se debatía el internamiento obligatorio: “El afectado tenía que acudir cada cierto tiempo al médico para control, pero no lo hace, por lo que tuvo que ser internado durante siete años en distintos momentos. El Tribunal declaró que la enfermedad del sida ponía en riesgo la salud pública, y aunque consideró la medida desproporcionada no resarcó al interesado. Se dice que la Administración actuó bien y que sus medidas estaban justificadas, aunque fueron desproporcionadas porque ya en 1989 se sabía cómo se transmitía el sida y el sujeto tiene capacidad para contener la propagación”.

No toda enfermedad contagiosa puede dar lugar a estas medidas, sino sólo aquella que es virulenta y pone en riesgo la salud pública, dice el magistrado después de mencionar el artículo 5 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Este precepto permite el internamiento forzoso por enfermedad contagiosa, enajenación, alcoholismo, toxicomanía, e incluso de vagabundos.

### *¿Pueden afectar a terceros las medidas de control sanitario e internamiento?*

El artículo 3 de la *Ley Orgánica 3/1986* da respuesta a esta cuestión: “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”.

### *Autorización y ratificación judicial de medidas de la autoridad sanitaria*

El artículo 8.6 de la *Ley 29/1988 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* establece que “corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental”.

## **La ignorancia y el pánico provocó que varios ciudadanos fueran expulsados de sus propios domicilios por temor al contagio**

Mercedes Fernández de Castro considera que no hay ningún riesgo de infección para España por la inmigración, pero reconoce que en relación con el ébola hubo otros focos de peligro: “No teníamos línea directa aérea con países de riesgo, pero sí a través de *Air France* vía Madrid. El comandante de uno de los aviones de esta compañía soltó a un paciente con síntomas en Madrid; se le deja en una ambulancia sin protección, la médico de guardia se protege y dice que no se trata de un caso de ébola. La maleta se le incineró en París, nos costó tres días conseguir un pasaporte y un billete para que este pasajero pudiera llegar a Francia”.

Fernández de Castro recuerda que hubo oleadas de pánico en Madrid a finales de octubre cuando la auxiliar de enfermería Teresa fue ingresada: “La ignorancia y el pánico provocó que varios ciudadanos fueran rechazados en sus domicilios, y tuvimos que habilitar camas en el hospital”.

Contrasta este hecho con el del perro *Excalibur*: más de uno quedó pasmado ante la reacción de los

## **Derecho a la libertad y a la seguridad**

El apartado 1 del artículo 5 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, más conocido como Convención Europea de Derechos Humanos (Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950) permite la privación para cumplir con una orden judicial o asegurar una obligación establecida por ley en supuestos de enfermedad contagiosa, enajenación, alcoholismo, toxicomanía o vagabundos, así como para impedir la entrada ilegal de una persona en un territorio o para proceder a su expulsión o extradición.

que querían impedir que se sacrificara al can de Teresa.

Emilio Lizarraga opina que este asunto tiene su perfil político y jurídico, “pero lo que más tiene es de folclore”, y Enrique López destaca que “el perro no es sujeto de derechos y hay prioridades de salud pública, no es persona, la legislación permite el sacrificio y nadie debe plantearse ningún problema: hubo que ir a un pueblo desconocido a incinerar porque nadie quería hacerlo en otras localidades”.

En la prisión de Soto del Real, en Madrid, el pánico se adueñó de la población penitenciaria y los pre-

Los retuvieron a funcionarios que podían estar infectados por el ébola. Y en la frontera de Melilla, los policías vivían con el temor de ser infectados por inmigrantes que intentaban saltar la valla ante sus amenazas de contagiar el virus.

En Estados Unidos, las empresas de gestión de residuos se negaron a retirar residuos del hospital encargado de tratar a los infectados por el virus africano, algo que no ha ocurrido en España, según informa Mercedes Fernández de Castro.

### Las empresas de gestión de residuos sanitarios no se pueden negar a retirar restos de pacientes infectados

¿Y si la empresa se niega a retirar? ¿Se puede exigir responsabilidad?, pregunta la moderadora, **María Asunción González de la Viuda**. El magistrado contesta que “es seguro que está previsto en el contrato y que es antijurídico”.

“¿Y porque se retira el residuo VIH y no el VHC?. No es de sentido común, la exigencia ética tiene que aplicarse en todos los ámbitos, al juez, al empresario, al abogado, al periodista”, dice Lizarraga.

#### La responsabilidad del emisor de información

La responsabilidad de los emisores de información -la de los medios de comunicación, y la de interlocutores políticos y sociales- es esencial para el manejo de una situación de crisis por razón de salud pública. La misión del periodista es aquí delicada, pues debe tratar la situación desde la veracidad y la ética sin contribuir a situaciones de alarmismo injustificadas.

Fernández de Castro critica el comportamiento de algunos medios de comunicación que no trataron adecuadamente a los principales protagonistas: “Fue salvaje, estimularon el pánico, nos acosaron a los profesionales de una forma insoportable”.

Relacionado con esta cuestión, el artículo 8 de la *Ley 33/2011 General de Salud Pública* contempla el deber de colaboración de los ciudadanos, se trata de un deber general de abstención “de realizar conductas que dificulten, impidan o falseen su ejecución”. Por su parte, el artículo 9 de esta ley exige el deber de comunicar a las autoridades sanitarias hechos, datos o circunstancias que pudieran constituir un riesgo o peligro grave para la salud de la población.

### Algunos medios de comunicación estimularon el pánico con acoso de los profesionales de la salud del hospital Carlos III

Este precepto cita de forma especial la obligación de información y comunicación “que las leyes imponen a los profesionales sanitarios”. Parece ser que en los primeros momentos, la auxiliar de enfermería infectada no informó de su situación, por lo que podría hablarse de una dejación o negación de la enfermedad a pesar de que con antelación había estado en contacto con focos de infección.

En esta situación, dice el magistrado de la Audiencia Nacional, “uno debe abstenerse de ir a la peluquería o a sitios públicos. El delito doloso se refiere a la lesión que esto puede originar, pero si no hay dolo y no hay daño, no hay consecuencia jurídica”.

Lizarraga acude al artículo 5.2 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente para explicar que “el paciente debe comunicar de forma leal y verdadera. Si hay situación de riesgo y el paciente no cumple, no puede haber sanción para el médico. Este punto fija las reglas del juego del médico en cuanto a exención de responsabilidad”.

#### Pregunta básica: ¿Y usted, en qué trabaja?

La catedrática de Medicina Legal de la Universidad de Alcalá, **María Castellano**, considera que es esencial que el médico pregunte a su paciente en qué

## Reacción tardía de la OMS

La *Organización Mundial de la Salud* (OMS) declaró el 8 de agosto de 2014 que el brote del virus ébola en África Occidental constituye una emergencia de salud pública internacional. Publicó recomendaciones temporales en virtud del *Reglamento Sanitario Internacional* (2005), con efecto a partir del día 8 de agosto de 2014. Organizaciones humanitarias de médicos con presencia en las zonas afectadas han denunciado recientemente que la OMS tardó cinco meses en reaccionar desde las primeras alertas del brote epidémico de Ébola. La ayuda de las organizaciones no gubernamentales -que destinaron voluntarios y recursos materiales a los focos de infección- y la de algunos países ha sido fundamental para luchar con una epidemia que sigue avanzando sin control principalmente en Sierra Leona, Guinea-Conakri y Liberia.

El *Reglamento Sanitario Internacional* empezó a aplicarse por los Estados en junio de 2007. La OMS afirma que facilita un nuevo marco jurídico para coordinar la gestión de emergencias de salud pública internacional, y reforzar la capacidad de todos los países para detectar, evaluar y notificar las amenazas a la salud pública y responder a éstas.

trabaja: “Esta pregunta es fundamental”, dice la experta en alusión a criterios clásicos de Bernardino Ramazzini, médico italiano fundador de la Medicina del Trabajo cuya obra más conocida es el *Tratado de sobre las Enfermedades Profesionales*.

### Modificación del criterio OMS de fiebre

“Hubo circunstancias peculiares -apostilla Mercedes Fernández de Castro-, ya que nosotros seguimos criterios OMS de alto riesgo y prevención. Lo curioso es que la trabajadora nunca tuvo el nivel de fiebre que alertara; me preocupó el riesgo de los otros trabajadores, ya que no supimos calificar el riesgo”.

Precisamente, la temperatura de la auxiliar obligó a rebajar el umbral de fiebre de control a 37,7 ° en lugar de los 38,6° establecidos.

Según Fernández de Castro “este caso es paradigmático porque es una profesional sanitaria que tiene contacto directo con el foco infeccioso y su actuación fue contraria al sentido común. Teníamos protocolos, pero no los apropiados, había debate sobre el internamiento de los profesionales, y fue eficaz, pero hubo otros factores, y es responsabilidad de la empresa la seguridad de los trabajadores”. Es importante seleccionar personas ágiles, serenas y

no obesas para cumplir con las máximas garantías de asistencia, prevención y uso óptimo del traje de aislamiento”.

### Gestión de recursos humanos

Más de ochenta personas del hospital estuvieron involucradas en la asistencia continuada a los infectados por el ébola en España entre personal sanitario y no sanitario tanto interno como externo. Los profesionales fueron entrenados especialmente en distintas habilidades.

Se crearon turnos de trabajo de tres horas y de descanso de tres horas dadas las circunstancias especiales. La óptima organización de los recursos humanos es vital para el éxito del cometido asignado. La intensa dedicación durante periodos críticos y la peligrosidad requiere también una compensación retributiva que se ha solicitado para los trabajadores implicados del Carlos III, aunque todavía no ha tenido una respuesta satisfactoria de la Administración responsable.

Al principio, entre abril y agosto de 2014, los profesionales del hospital no estaban sensibilizados ya que su centro no era de referencia. El Servicio de Microbiología estuvo en contacto en todo momento con el Hospital Carlos III, salvo en los fines de

semana. Esta ausencia de servicio no debe suceder en el futuro ante una situación de alerta como la vivida, aunque parece ser que el asunto ha sido ya resuelto por la Administración.

El capítulo del ébola en España ha servido para reaccionar frente a debilidades y amenazas e introducir mejoras en los procedimientos, en los espacios hospitalarios habilitados, en las dotaciones de personas y recursos materiales, así como el entrenamiento en habilidades. Uno de los cambios, de gran trascendencia, es que “ahora se pueden aplicar medidas quirúrgicas, lo que antes no era posible”, concluye Fernández de Castro.

La coordinación de recursos desde el Gobierno es otro factor decisivo para el éxito de misiones de alto riesgo para la salud pública. El Ministerio de Defensa ofreció la asistencia de personal preparado

y unidades especializadas (para accidentes nucleares, bacteriológicos, químicos) que garantizaban ‘riesgo cero’ de contaminación a personas, e instalar un hospital de campaña en una zona aislada, en Torrejón, con medidas de protección especiales.

Una de las críticas en la gestión de la crisis del ébola es precisamente que se rompió la cadena de aislamiento al utilizar personal no entrenado y ambulancias sin protección, y mandar a su domicilio a personas que estuvieron con personas infectadas.

El traslado de los misioneros desde Sierra Leona se hizo con los dispositivos y personal de la *Unidad Médica de Aeroevacuación del Ejército del Aire* resultando exitosa a pesar de estar en contacto cercano con enfermos altamente contagiosos durante varias horas tanto en el transporte aéreo como en el terrestre.

## Protocolos contra el ébola

El *Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad* hizo entrega el 20 de octubre de 2014 del protocolo de actuación frente virus del ébola al *Consejo General de Colegios de Médicos de España*, para su difusión entre todos los profesionales médicos.

Por su parte, la resolución SLT/2317/2014, de 15 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, estableció las actuaciones a llevar a cabo y los requerimientos a cumplir en el ámbito de los centros y servicios sanitarios en relación con el brote de fiebre hemorrágica por el virus del ébola (DOGC de 17 de octubre de 2014).

## Otros documentos de interés

De especial interés es la reunión de la *Comisión Presidencial para el Estudio de la Bioética* de Estados Unidos, de principios de febrero de 2015, en la que distintos especialistas debaten sobre aspectos éticos en un contexto de emergencia de salud pública, disponible en <http://www.tvworldwide.com/events/bioethics/150205/>

ADS nº 198 / Noviembre 2012. *Alta forzosa e internamiento involuntario, informe de la III Sesión del Foro Sanidad y Derecho, Curso 2012-2013.*

ADS nº 186 / Octubre 2011. *Texto y Análisis de la LEY 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.*

ADS nº 88 / Noviembre 2002. *Texto y análisis 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.*

ADS nº 168 / Febrero 2010. VALENCIA. *DECRETO 15/2010, de 15 de enero, del Consell, por el que se regula el Sistema de Información en Salud Pública.*

## La imprudencia leve queda fuera del Código Penal

**ADS.** El *Congreso de los Diputados* aprobó el 26 de marzo la reforma del Código Penal de 1995 mediante ley orgánica. Como novedad más destacable cabe mencionar que desaparecen las faltas de lesiones al incorporarse en el catálogo de delitos leves (ver *Claves de la futura reforma del Código Penal en el ámbito sanitario, en ADS nº 198 / Noviembre 2012*).

Otras faltas de menor entidad se reconducen hacia la vía administrativa o la civil, dejando para el ámbito penal infracciones merecedoras de suficiente reproche punitivo como para poder incluirlas como delitos, configurándose en su mayoría como leves y castigados con penas de multa.

### La imprudencia leve, a la jurisdicción civil

Las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve se reconducen a la jurisdicción civil, es decir, sólo serán delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave, así como el delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, que se catalogarán como delitos leves (apartado 2 del artículo 142 y apartado 2 del artículo 152 del Código Penal).

Se modula la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, “lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal, y permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal”, según el texto aprobado.

El principio de intervención mínima penal determinará que sólo se contemplen supuestos graves de imprudencia, remitiendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil por responsabilidad extracon-

tractual de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil.

### Atentado a profesionales de la salud

El texto acoge la petición del *Consejo General de Médicos de España* para que se incorporara el delito de atentado a los profesionales de la salud. Así, las faltas de consideración y respeto a la autoridad, en el ejercicio de sus funciones, pasan a ubicarse en el segundo párrafo del artículo 556 del *Código Penal* como delito leve. Como novedad, se establece de forma explícita que en todo caso se considerarán actos de atentado los que se cometan contra funcionarios de sanidad y educación en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, con lo que se incorpora lo que ya venía recogiendo la jurisprudencia mayoritaria.

### Abandono de desamparado o incapaz

Los supuestos graves de abandono a un menor desamparado o a un incapaz quedarán incluidos en el delito de omisión del deber de socorro, al igual que el de denegación de asistencia a personas desvalidas de edad avanzada, que “constituye bien un supuesto de omisión del deber de socorro o bien un delito de resultado, cuando se comete por quien, como garante, viene obligado a garantizar la asistencia al anciano”.

### Medicamentos y productos sanitarios

Por otra parte, se incorporan en nuestro Código Penal conductas descritas en el *Convenio del Consejo de Europa* de 28 de abril de 2014, sobre falsificación de productos médicos y otros delitos similares que suponen una amenaza para la salud pública. Las penas por infracciones en el ámbito de los medicamentos y productos sanitarios se endurecen con respecto al texto inicial (se amplían en un año). Las sanciones en este ámbito tienen que ver con la falsificación, con el riesgo para la salud pública, con la fabricación, la intermediación comercial, la importación, la exportación, la venta, la distribución, y otros aspectos relativos a la información

engañoso y la estafa de medicamentos y productos sanitarios.

### Lesiones y maltrato

Las lesiones y los maltratos de obra sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. El texto aprobado explica que “con ello se evita la situación actual, en la que un simple parte médico de lesiones de escasa entidad obliga al juez de instrucción a iniciar todo un proceso judicial y a citar al lesionado para que acuda obligatoriamente al juzgado a fin de hacerle el ofrecimiento de acciones como perjudicado, con los inconvenientes que ello le ocasiona”. En los casos de violencia de género no se exigirá denuncia previa para perseguir las lesiones de menor gravedad y el maltrato de obra. Para el delito de lesiones (artículo 147) se estipula que “el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico. La pena por lesiones que requieran una primera asistencia facultativa o tratamiento médico o quirúrgico se reduce en relación con el texto anterior, que contemplaba prisión de seis meses a tres años. Las lesiones de menor gravedad que no requieren tratamiento médico o quirúrgico se sancionarán con el tipo atenuado del apartado 2 del artículo 147. Se tipifica también como delito leve “el que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión”, esto es, la falta del actual apartado 2 del artículo 617, que se agrava en el caso de víctimas vulnerables por el artículo 153, al igual que las lesiones leves del apartado 2 del artículo 147 (multa de uno a tres meses).

La figura del delito de descubrimiento y revelación de secretos también se ha reforzado y ampliado con un nuevo artículo 197 bis.

## FÁRMACOS NO LLEGAN A PACIENTES

### El Gobierno advierte que el crédito para el VHC no se aplicará a otras innovaciones

**ADS.** El Gobierno ha anunciado un crédito a interés cero con un tope de gasto de 727 millones de euros revisable al que se podrán acoger las autonomías para financiar tratamientos innovadores contra el VHC. El crédito es excepcional y no se aplicará a otras innovaciones, según el ministro de Sanidad Alfonso Alonso.

El anuncio se hace cuando todavía no se sabe el número exacto de pacientes afectados por VHC ni su grado de afectación debido a la ausencia de un registro. El ministro Alfonso Alonso reconoce que la estrategia contra el VHC necesita de la creación de un registro de pacientes para hacer un análisis de la incidencia de la enfermedad en España.

Entre negociación y negociación, y anuncios de financiación, los enfermos siguen esperando, se quejan de que no tienen acceso a los nuevos fármacos desde que en octubre del año pasado se aprobara su financiación por la *Comisión Interministerial de Precios de Medicamentos*.

Madrid y País y País Vasco no están incluidas en el plan de crédito del Gobierno, que afecta al resto de autonomías, pero pueden establecer convenios bilaterales para acceder a iguales condiciones de financiación. El *Servicio Vasco de Salud* es el único que ha adoptado una solución, aunque sólo para 150 afectados de VHC -los más graves- al adjudicar en febrero el concurso para la compra de Sofosbuvir a un único proveedor, *Gilead*, el titular de *Sovaldi*. La cuantía del crédito responde a las negociaciones de Sanidad para la financiación de tratamientos contra el VHC en el que se fija un precio por volumen con un techo de gasto y una cláusula de riesgo compartido. Si el tratamiento no cura entre las 4 y 12 semanas, no se pagará.

## FOMENTARÁ LA MOVILIDAD

### Aprobado el catálogo homogéneo de equivalencias de categorías estatutarias

**ADS.** El Consejo de Ministros ha aprobado el *Real Decreto por el que se regula el catálogo homogéneo de equivalencias de las categorías profesionales del personal estatutario de los servicios de salud y el procedimiento de su actualización*. Se trata de un instrumento que permitirá garantizar la movilidad de estos profesionales en todo el Sistema Nacional de Salud.

Gracias a esta norma, el personal estatutario sanitario y no sanitario podrá acceder a plazas vacantes en otras Comunidades Autónomas haciendo efectiva la garantía de movilidad, tal y como recoge la Ley de Calidad y Cohesión de 2003.

La nueva norma establece el procedimiento para la actualización del catálogo, que dispone la homologación de 351 categorías profesionales a 131 categorías de referencia, lo que permitirá, con mayor simplicidad y de manera más fácil, la movilidad.

Los concursos de traslado de los Servicios de Salud deberán cumplir unos criterios básicos, como especificar la categoría equivalente -que será la propia en la que se oferten plazas, y la de referencia-, y publicar en las convocatorias las categorías afectadas en las que se pretenda ofertar plazas.

También deberán declarar como equivalentes las categorías que aparecen en el catálogo respecto de la categoría de referencia a la que se equiparan, y cumplirán con la necesaria coordinación interregional primando el principio de colaboración entre todos los servicios de salud. El acceso a las categorías de referencia en concursos de traslado precisará que el aspirante se encuentre encuadrado, en su categoría de origen, en la especialidad o categoría específica en que se oferten plazas.

## CONSEJO DE EUROPA

### Firma del Convenio europeo de lucha contra el tráfico de órganos

**ADS.** El Consejo de Ministros ha autorizado la firma de un Convenio con el Consejo de Europa para luchar contra el tráfico de órganos que España suscribirá el 25 de marzo en Santiago de Compostela.

El Convenio tiene como finalidad la prevención y la lucha contra el tráfico de órganos humanos, la protección de las víctimas y el fomento de la cooperación nacional e internacional en este ámbito. Asimismo, establece la obligación de que los países firmantes del Convenio adopten medidas legislativas y de otro tipo que fueran necesarias para tipificar como delito el tráfico de órganos.

Serán delitos de tráfico de órganos la extracción ilícita de órganos humanos (de donantes vivos o fallecidos), entendiéndose como tal la extracción sin el consentimiento informado, libre y expreso del donante vivo, o la extracción de órganos de personas fallecidas sin cumplir con los criterios de autorización que se establezcan en la legislación nacional, así como la extracción de órganos cuando el donante vivo o una tercera parte reciban un beneficio económico o ventaja comparable.

También constituye un delito de tráfico de órganos el uso indebido de órganos extraídos de manera ilícita, las actividades necesarias para la utilización posterior de órganos que se han extraído ilícitamente y aquellas actividades que den lugar a un beneficio económico o ventaja comparable a favor de un donante, un receptor u otra tercera persona.

El Convenio establece además que los países firmantes tendrán que adoptar medidas legislativas necesarias para garantizar el acceso a la información, la asistencia y el derecho de compensación a las víctimas.

## SERVICIO GALLEGO DE SALUD

## Aplicar a estatutarios el silencio negativo podría ser inconstitucional

Ref. ADS 19/2015

Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sede de la Coruña. Auto de 26 de febrero de 2015

Presidente: Fernando Seoane Pesqueira

Magistrados: José Ramón Chaves García,

María Dolores Galindo Gil.

**Nota.** Texto del Auto no publicado en el CENDOJ a fecha de cierre de la edición de este número.

**ADS.** El Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) ha promovido ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad contra el precepto autonómico que establece que el efecto del silencio administrativo es negativo, pero sólo para personal del Servicio Gallego de Salud (*Sergas*).

La tacha de inconstitucionalidad reside básicamente, según el recurso promovido por el abogado **Eugenio Moure**, en que esta previsión legislativa afecta sólo al personal del *Sergas* y no al resto de funcionarios y empleados públicos de Galicia, sin que se haya motivado debidamente. El conflicto surge en relación con la reclamación retributiva de un médico del *Servicio Gallego de Salud*, que presenta un recurso contra el silencio de la Administración entendiendo que tiene efecto positivo con base en la norma básica nacional, es decir, la *Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*.

En el litigio principal, la pretensión del médico estatutario es lograr la retribución de diferencias salariales por aplicación del efecto positivo del silencio administrativo de la norma general, que pone fin al procedimiento y permite al interesado acudir a los Tribunales de Justicia. El Auto (*TSJG, sede de La Coruña, del 26 de febrero de 2015*, no

disponible en el CENDOJ al cierre de esta edición), considera que el precepto cuestionado, la *Disposición Final Segunda* de la *Ley 15/2010, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas* de Galicia, que entró en vigor el 1 de enero de 2011, podría entrar en contradicción con legislación básica e incurrir en vicio de inconstitucionalidad. La norma autonómica establece el sentido negativo del silencio en solicitudes, reclamaciones y recursos en materia de personal con contenido retributivo. La norma básica -el artículo 43.1 de la *Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*-, prevé que la excepción a la regla general del silencio positivo debe fijarse en norma con rango de ley formal o estar amparada en 'razones imperiosas de interés general'.

### Competencia estatal

Como la norma autonómica carece de esta motivación, se suscita la posible infracción de la competencia estatal exclusiva del artículo 149.1.18 de la Constitución en relación con la fijación de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas. En el recurso de apelación, la defensa del trabajador se apunta que existe una posible vulneración de principios de legalidad e igualdad constitucional al limitar la norma autonómica su aplicación a los profesionales del *Servicio Gallego de Salud* excluyendo al resto de empleados públicos de la Comunidad Autónoma.

El fiscal suscribe la tesis de la defensa relativa a la competencia exclusiva del Estado para regular esta materia dado que es precisa una *razón imperiosa de interés general* (prevista en el artículo 43.1 de la *Ley 30/1992*) para que una Comunidad Autónoma pueda apartarse de la norma básica. Añade el fiscal que la ausencia de justificación del sentido desestimatorio del silencio podría conllevar la infracción de los principios de legalidad, jerarquía normativa y arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE). En el mismo sentido apunta que la ausencia de motivación de la norma al aplicarse sólo a personal

del Servicio Gallego de Salud constituiría una vulneración constitucional por tratamiento diferenciado no justificado al excepcionar la regla del silencio positivo tan sólo para estos profesionales. La propia *Exposición de Motivos* de la *Ley 30/1992* declara que el procedimiento administrativo y el sistema de responsabilidad de las Administraciones es competencia plena y exclusiva del Estado, cuyas garantías mínimas son iguales para todos los ciudadanos.

## PRISIÓN Y SUSPENSIÓN DE EMPLEO

### Delito continuado de médico por acceder a historiales de 'compañera' de su centro y a los de su familia

**ADS.** La *Audiencia Provincial de Palma de Mallorca* condena a un médico funcionario del IB Salut por el delito continuado de descubrimiento de secretos a tres años y tres meses de prisión, y a una multa de veinte meses con cuota diaria de diez euros, así como la suspensión de empleo público durante dos años.

La sentencia aplica tipos agravados del delito y penas accesorias atendiendo a la continuidad de la infracción por multitud de accesos indebidos al historial clínico de la demandante y de su familia, y por el hecho de que el infractor es un médico funcionario de un Servicio de Salud público que como responsable de epidemiología tiene funciones concretas de revisión de declaraciones de enfermedades obligatorias y de los programas de prevención de cáncer de mama.

Es condenado también como autor criminalmente responsable de una falta de injurias leves por insultos a una multa de diez días y diez euros dia-

rios. La condena se extiende a cargar al acusado las dos terceras partes de las costas del proceso.

El Tribunal fija una indemnización de 6.000 euros por daño moral a la demandante (mil euros por cada mes de baja laboral al aplicarse el baremo de accidentes de tráfico por días no improductivos), cantidad que devenga el interés legal anual incrementado en dos puntos desde la sentencia, y de la que responde subsidiariamente la Comunidad Autónoma de la Islas Baleares.

### La Administración también responde

Es inaudita la condena a la Administración en la jurisdicción penal cuando como en este caso la culpa corresponde al funcionario, pero se aplica al interpretar la Audiencia que el daño moral a la afectada es consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos (artículo 120 del *Código Penal*).

Por su parte, el médico deberá indemnizar además a la Administración autonómica con la cantidad de 2.358 euros con idénticos intereses en concepto de los costes laborales de la baja por ansiedad que sufrió la demandante al conocer los accesos no consentidos a su historial clínico y al de sus familiares.

Queda probado que los accesos no se realizaron en el ejercicio de la medicina, y que quebrantan la confidencialidad debida por el funcionario a unos datos reservados que se refieren a los aspectos más privados de su vida.

La pena de prisión y la accesoria de suspensión de empleo público durante dos años (más la de inhabilitación para sufragio pasivo), se aplican por el elevado número de delictivos accesos informáticos.

El facultativo, funcionario del IB Salut, efectuó entre 2009 y 2011 un total de ciento setenta y un accesos a las historias clínicas de su compañera sentimental, enfermera del mismo centro de salud, y de su familia, 51 accesos a la de quien era su espo-

so, 36 a la hija de ambos, y ocho a la hermana de su ex-esposo.

La Consejería de Sanidad abrió por este motivo un expediente disciplinario al facultativo, quien por su parte reconoce estos hechos, así como el envío de mensajes de texto insultantes al teléfono móvil de su excompañera. El Tribunal considera excesivo el número de accesos informáticos, ya que parece insostenible que existieran más de doscientas dudas y aclaraciones expuestas al médico sobre la salud de la acusada y la de su familia.

La acusada tuvo que ser dada de baja al sentirse acosada y perseguida por el acusado, lo que corroboró el director médico del centro, quien a petición de la afectada colocó pestillos y candados en la puerta del despacho de ésta. Si bien, el Tribunal no tiene la convicción de que se hubieran perpetrado por el acusado la totalidad de hechos que se le imputan como la campaña de hostigamientos, coacciones, insultos y vejaciones en el ámbito laboral, ni tampoco amenazas porque no se han concretado más allá de los mensajes (desnudos de la referida), por lo que se desestima su relevancia penal.

### Tipo penal aplicable

La conducta se ubica en el artículo 197.2 del *Código Penal*, que castiga el delito de descubrimiento de secretos definido con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Este precepto sanciona a quien sin estar autorizado accede a datos reservados de carácter personal o familiar reservados que están en ficheros informativos públicos o privados agravando la conducta cuando éstos revelen ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o que la víctima fuera menor o incapaz. Tipifica el apoderamiento, acceso y utilización de datos informáticos y la modificación o alteración de los mismos.

El delito de descubrimiento y revelación de secretos está íntimamente relacionado con el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, artículo 18.1º de la Constitución, dice la sentencia, y

garantiza el derecho al secreto de nuestra vida privada frente a particulares o poderes públicos.

Especial interés tiene la cita de las sentencias del *Tribunal Supremo (Sala Segunda) del 18 de octubre de 2015 y de 30 de diciembre de 2009*, que confirman que nada puede justificar la agresión a la intimidad de los pacientes, documentada en unos historiales clínicos que gozan de especial protección jurídica. Queda de manifiesto, por otra parte, el perjuicio sufrido por la baja laboral debida a ansiedad de etiología laboral, según testimonio vertido por la psicóloga.

### Otras referencias de interés en ADS

*ADS nº 223 / Febrero 2015. Prisión e inhabilitación absoluta para médico por acceder a historiales de sus compañeros (AP Palma de Mallorca, 16 de febrero de 2015).*

*ADS nº 201 / Febrero 2013. Condena de prisión a enfermera por acceso ilegal a historia clínica. Tribunal Supremo, 18 de octubre de 2012.*

*ADS nº 216 / Junio 2014. Análisis / Los expertos analizan la dura condena a prisión al médico que alteró la historia clínica.*

*ADS nº 215 / Mayo 2014. Prisión e inhabilitación de médico por anotación falsa en la historia clínica.*

*ADS nº 210 / Diciembre 2013. Segundo médico absuelto por el Supremo del delito de revelación de secreto.*

*ADS nº 201 / Febrero 2013. Condena de prisión a enfermera por acceso ilegal a historia clínica.*

*ADS nº 171 / Mayo 2010. El Supremo anula la condena penal a médico por acceder al historial de otro facultativo.*

*ADS nº 164 / Octubre 2009. Prisión para facultativo por acceder a la historia clínica de otro médico (AP Palma de Mallorca), Recurso nº 15/2008. Sentencia del 11 de febrero de 2009. Ponente: Izquierdo Téllez, Carlos Alberto.*

*ADS nº 75 / septiembre 2001. Un año de prisión, dos de inhabilitación y dos millones por revelar el secreto médico.*

*ADS nº 50 / mayo 1999. El mero acceso a datos sanitarios sensibles sin autorización es delito.*

*Ref. ADS 20/2015*

*Roj: SAP IB 219/2015 - ECLI:ES:APIB:2015:219*

*Audiencia Provincial de Palma de Mallorca*

*Sentencia de 28 de enero de 2015.*

*Nº de Recurso: 72/2014. Nº de Resolución: 5/2015*

*Procedimiento: Abreviado*

*Ponente: ALBERTO JESUS RODRIGUEZ RIVAS*

*Sentencia distribuida por CENDOJ*

## SENTENCIA

En Palma de Mallorca, a veintiocho de Enero del año dos mil quince. Visto ante esta Audiencia Provincial de Baleares, Sección Segunda, el presente Rollo PA 72/14, dimanante del PADD Nº 626/2013 procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 3 de Mahón, por DELITO DE DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS, COACCIONES Y AMENAZAS, seguido contra Romualdo , con DNI NUM000 , de nacionalidad española, sin antecedentes penales que consten y no privado de libertad por la presente causa, representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> José Bosch Humbert y asistido por el Letrado D. Francisco Fiol Amengual. Ha intervenido como Acusación Particular Begoña , representada por el Procurador D. Adolfo Bollain Renilla y asistido por la Letrada D<sup>a</sup> Silvana N. Rodríguez, así como la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LES ILLES BALEARS, representada y defendida por el Letrado de la misma, la cual ha intervenido también como responsable civil subsidiario. Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en ejercicio de la acción pública y Ponente, quien, tras la pertinente deliberación, expresa el parecer del Tribunal, S.S<sup>a</sup> D. Alberto Jesús Rodríguez Rivas.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**-Las presentes actuaciones tienen su origen en las Diligencias Previas Nº 626/2011 incoadas en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Mahón, iniciadas mediante denuncia de fecha diecinueve de Julio del año dos mil once, interpuesta por el Ministerio Fiscal, tras la recepción por éste de escrito remitido por la Conselleria de Salut i Consum del Govern de les Illes Balears.

**SEGUNDO.**-Tramitado el procedimiento por los cauces legalmente previstos por el Juzgado instructor en averiguación de las circunstancias fundamentales de los hechos imputados y de las personas responsables de los mismos, se dio traslado de las diligencias al MINISTERIO FISCAL, que formuló escrito de absolución respecto de Romualdo .

Trasladadas las actuaciones a la Acusación Particular, el ABOGADO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ILLES BALEARS formuló escrito de acusación de fecha catorce de Abril de dos mil catorce contra Romualdo como presunto autor de un delito continuado ( art. 74.1 del Código Penal ) de descubrimiento y revelación de secretos previsto y penado el art. 197.2 y 5 en relación con el 191.1 del citado Código , así como art. 198, solicitando para el mismo la pena de tres años y seis meses de prisión y multa de veintidós meses a razón de una cuota diaria de treinta euros, así como inhabilitación para el ejercicio de la medicina por tiempo de ocho años. Asimismo, también solicita se condene al acusado a indemnizar a la CAIB por los costes laborales que le ha supuesto la baja de D<sup>a</sup> Begoña , en la cantidad de 2.358,17 euros, más el pago de costas de la acusación particular.

Por su parte, la representación procesal de Begoña formuló escrito de acusación de fecha cinco de Febrero de dos mil catorce contra Romualdo como presunto autor de un delito continuado ( art. 74.1 del Código Penal ) de descubrimiento y revelación de secretos previsto y penado el art. 197.2 y 5 en relación con el 191.1 del citado Código , así como art. 198; de coacciones, previsto en el art. 172 del mismo texto, también en la modalidad de continuidad delictiva; y de amenazas, previsto en el art. 169.1, solicitando para el mismo las respectivas penas de prisión

de cuatro años, multa de veinticuatro meses e inhabilitación absoluta de doce años; prisión de dos años y multa de veinticuatro meses; y prisión de un año. Asimismo, también solicita se condene al acusado, y de forma subsidiaria a la Conselleria de Salut i Consum dependiente del Govern de les Illes Balears, a indemnizar a la perjudicada en la cantidad de 70.000 euros en concepto de daños morales, más el pago de costas de la acusación particular.

**TERCERO.**-Trasladadas las actuaciones a la defensa del acusado, se presentó escrito de calificación provisional de fecha nueve de Mayo de dos mil catorce, negando los hechos y solicitando la libre absolución del mismo, con imposición de costas a las Acusaciones Particulares por su temerario proceder.

**CUARTO.**-Turnada la causa a esta Sección se señaló el día cuatro de Diciembre de dos mil catorce para la celebración del acto del juicio; acto en el que el Ministerio Público, Acusaciones y Defensa elevando a definitivos los pedimentos penológicos y absolutorios de sus respectivos escritos provisionales, a excepción de la modificación de petitum indemnizatorio que tuvo lugar por la representación procesal de Begoña , la cual rebajó de 70.000 a 10.000 euros el quantum indemnizatorio pedido; y todo ello tras la práctica que de la prueba tuvo lugar, siendo tal el interrogatorio del acusado y las testificales de Begoña , Ildefonso , Luis , Guillerma y Candida , así como la documental debidamente introducida en los términos que obran en autos (Expediente Administrativo - folios 2 a 91- ; folios 200 a 231; y certificado aportado por la Conselleria con escrito de acusación - folio 306 -).

Suspendida que fue la sesión a salvo el trámite de informe, se reanudó la misma con fecha ocho de Enero del presente año, practicándose el referido trámite por todas las representaciones procesales.

El acusado hizo uso de su derecho a la última palabra, quedando el juicio visto para sentencia.

### HECHOS PROBADOS

Romualdo , funcionario de la Comunidad Autónoma de Illes Balears (CAIB) en cuanto médico de Salud Pública del Centro Insular de Sanidad de Menorca, sin antecedentes penales, y Begoña , también funcionaria de la CAIB en cuanto enfermera del mismo Centro, mantuvieron una relación sentimental de duración indeterminada, la cual a finales del año dos mil nueve había ya finalizado.

Desde ese momento, la relación entre ambos quedó muy deteriorada, hasta el punto en que, pasado el tiempo, y tras varios episodios de desencuentros laborales y personales, el día veintiocho de Septiembre de dos mil diez, el Sr. Romualdo , tras haber cruzado varios mensajes de texto a través de teléfono móvil con la Sra. Begoña , remitió a ésta uno en el que, al hilo de su discurso, le llamaba "PUTA amb mayuscules" y "merda pura".

Una vez conocida esta tensa situación por la Administración de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, año dos mil once, se incoó Expediente Disciplinario, referenciado con el Nº 1/11, frente al Sr. Romualdo , consecuencia del cual la Sra. Begoña tuvo conocimiento de los accesos informáticos no consentidos que a su historial clínico y al de sus familiares habían tenido lugar por parte del Sr. Romualdo , sufriendo una crisis de ansiedad y causando por tal motivo baja laboral el día veintisiete de

Abril de dos mil once, prolongándose la misma hasta el día treinta y uno de Octubre siguiente, comportando a la CAIB un total de 2.358,17 euros en concepto de prestaciones laborales.

En efecto, desde el día uno de Diciembre de dos mil nueve hasta el día nueve de Febrero de dos mil once, Romualdo , sin consentimiento ni conocimiento de Begoña , ni de ningún familiar de ésta, amparado en su condición de funcionario médico de la CAIB, lo cual le permitía acceder a los sistemas de información del IB-Salut, y siendo consciente del compromiso de confidencialidad que había contraído en fecha dieciocho de Noviembre de dos mil nueve, efectuó un total de ciento setenta y un accesos a las historias clínicas (ESIAP, o Sistema de Información de Atención Primaria) de aquella y su familia; en concreto, setenta y seis a la de Begoña ; cincuenta y un accesos a la de quien era su esposo, Bienvenido ; treinta y seis a la de la hija de ambos, María Consuelo ; y ocho a la de la hermana del Sr. Bienvenido .

Igualmente, durante el mismo período de tiempo y en iguales circunstancias a las anteriormente citadas, el Sr. Romualdo accedió veinte veces a la Historias de Salud (HSAL) de Begoña , veintinueve veces a la de Bienvenido , doce a la de María Consuelo y una a la de Milagrosa .

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO: I)** La precedente declaración de hechos probados se sustenta en la prueba practicada en el acto del juicio oral, producida bajo los principios de inmediatez, oralidad, concentración, publicidad, contradicción efectiva, igualdad de partes y asistencia letrada, habiendo sido la misma valorada por este Tribunal con las exigencias pautadas por el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

No resulta baladí adelantar que el resultado inferencial habido lo ha sido partiendo del reconocimiento de hechos que el acusado hizo en el plenario, el cual incluyó tanto haber realizado los accesos a los historiales clínicos objeto de la causa, en los términos que constan en el Expediente Disciplinario 1/2011 que le fue incoado por la Conselleria de Salut i Consum del Govern de les Illes Balears (por todos: folio 5), como, además, haber sido y ser plenamente consciente del compromiso de confidencialidad que firmó en fecha dieciocho de Noviembre de dos mil nueve y su significado, así como, por otro lado, haber remitido con su teléfono móvil a la Sra. Begoña los mensajes de texto transcritos en los folios 209 y 210 de la causa, los cuales, extractados, expelen un contenido injurioso del tenor que ha sido transcrito.

Así las cosas, no debiendo ahondar en la probanza del mensaje de texto injurioso remitido, pues su sincero reconocimiento por el acusado, unido a su constancia en autos, basta para generar la certidumbre de su efectiva existencia y constituir por consiguiente prueba de cargo suficiente, sí debe profundizarse en la valoración de los datos que llevan a concluir el más importante, si cabe, de los extremos de esta causa, esto es, la falta de consentimiento con que el acusado Sr. Romualdo accedía a los historiales clínicos, así como el anudado interés por descubrir los secretos ajenos e íntimos que guiaba su proceder, pues estos extremos fueron, no ya rechazados, sino negados a ultranza por aquel.

En defensa de su tesis, el Sr. Romualdo sostuvo en el acto del

juicio que la relación que le unió con la acusadora -"íntima, incluso física"- perduró hasta el año dos mil once; y si accedió tan innumerables veces a los historiales clínicos referidos, fue porque "así se lo pedía ella". Y se lo pedía para que, como médico que es, le ayudara con diversos diagnósticos relativos a la salud de los supuestos interesados.

Pues bien, sin necesidad de explicar lo paradójico que se ofrece deber acceder en tantísimas ocasiones, a efectos de mera consulta clínica, a unos escasos historiales médicos, pues, tras varios visionados debían ser ya harto conocidos y aptos para ilustrar un diagnóstico de estado, lo cierto es que la tesis expuesta por la querellante pugna con mucho con lo alegado por el acusado, y se muestra, por las corroboraciones que se dirán, más creíble y lógica para el común de los receptores.

En efecto, en contraposición al alegato de descargo, la Sra. Begoña , sin perjuicio de reconocer, en línea con lo que ya había sido expuesto, la relación sentimental que le unió al acusado, afirmó sin embargo que la misma "se cortó a principios de dos mil nueve". Además, añadió un relato de hechos que no hacía sino vislumbrar lo mal avenidos en lo personal e incluso en lo profesional que terminaron ambos, ya fuera a principios del referido año, como apuntó expresamente la querellante, ya fuera a mediados o finales del mismo, como pareció desprenderse del resto de testimonios presenciados en el plenario, lo cual, sea como fuere, refuta la existencia del consentimiento con el que el acusado aseguraba contar para acceder a los historiales médicos objeto de la causa.

Al respecto adujo que, tras la ruptura, ella se sentía acosada y perseguida por el Sr. Romualdo - "le insultaba, acosaba, intimidaba, le perseguía con el coche..."-, motivo por el cual solicitó cambio de despacho y de trabajo. Afirmó "haberse quejado a Eloy " (en alusión a Ildefonso ) del trato que le profesaba el acusado.

Este testigo, Sr. Ildefonso , a la sazón Director del Centro Insular de Salud de Menorca, declaró en el acto del juicio, corroborando el testimonio de cargo, que Begoña "le refirió sobre Septiembre de dos mil nueve que no quería seguir trabajando con Romualdo , porque se sentía acosada". Recalcó que "Begoña se quejó de forma insistente, procediendo él, a petición de aquella, a ordenar colocar pestillos y candados en la puerta del despacho de la peticionaria". Sobre el particular, afirmó que el Sr. Romualdo , cuando era cuestionado al respecto, se limitaba a negarlo. Acto seguido afirmó haber recibido también quejas por parte del Sr. Romualdo referentes al incumplimiento de horarios laborales por parte de la Sra. Begoña , lo que al propio Sr. Ildefonso "no constaba", según afirmó. Las quejas que le elevaban hicieron que tomara finalmente la decisión, como Director del Centro, de distanciarlos laboralmente, "ante la situación habida entre ambos".

Por su parte, Luis , Director en funciones del referido Centro durante los años dos mil diez y dos mil once, en igual sentido corroborador, "veía, desde antes de dos mil diez, que no había buena relación entre ellos". Afirmó que la Sra. Begoña le dijo en varias ocasiones, dada la condición de Director en funciones del declarante, que el Sr. Romualdo le molestaba, le acosaba y le hacía llamadas (sin que recordara el porqué concreto de las quejas sobre las llamadas), por lo que, "al no saber qué hacer ante esa situación", comunicó la misma a la Secretaría General Técnica.

Guillerma vertió un testimonio que podría poner en entredicho la credibilidad de la Sra. Begoña , aunque ha de adelantarse que, en contraposición al tono aséptico del resto de testigos,

ésta se declaró respecto del acusado como “muy buenos compañeros”, a la par que ensalzó su historial profesional y condición humana, lo cual propicia que el contenido de sus manifestaciones, particularmente las opiniones, se sirvan ser consideradas desde la credibilidad que ha de darse a quien podría querer beneficiar a un buen colega. Dicho lo cual, la Sra. Guillerma, compañera médico del acusado, dejó su despacho a la Sra. Begoña, porque, “al estar más alejado del despacho del acusado, aquella se lo pidió y ella accedió”. Reconociendo conocer que la enfermera acusadora colocó pestillo y candado en su despacho para que no pudiera accederse desde el exterior sin consentimiento, lo cual respondía al acoso que estaba viviendo por parte del Sr. Romualdo, aseguró pensar, sin embargo, que se trataba de “una manía de la Sra. Begoña”, añadiendo que ésta también le dijo en alguna ocasión que otra enfermera también le había acosado, lo cual no fue manifestado por ningún otro declarante, ni siquiera por el propio acusado, por lo que se muestra como un apunte inverosímil.

Así las cosas, nos encontramos ante una relación sentimental que, como indica la Sra. Begoña y corroboran los testimonios referidos, a finales del año dos mil nueve era ya inexistente, incluso tormentosa. De esta forma, decae la causa alegada por el acusado como excusa por la que habría llevado a cabo los más de doscientos accesos informáticos denunciados, esto es, se esfuma la posibilidad de que la relación que unía a ambos fuera de idas y venidas, de claroscuros continuos, y que dentro de esos escenarios de claridad, salpicados en el tiempo, recibiera las peticiones de ayuda clínica por parte de la Sra. Begoña.

Por su parte, la crisis de ansiedad sufrida por ésta última como consecuencia de los hechos ahora analizados ha resultado probada del testimonio vertido por la psicóloga Sra. Candida, la cual se ratificó en el informe obrante en autos (folio 248), insistiendo y remachando, a preguntas de la defensa, que la ansiedad diagnosticada era de etiología laboral, no causada, por tanto, con motivo de la crisis matrimonial vivida, según se refirió, por la paciente. De esta forma, justificada clínicamente y siendo concomitante a una baja laboral padecida y prolongada en el tiempo (por todos: folio 306), la existencia del perjuicio padecido queda puesto de manifiesto.

A las referidas valoraciones, de carácter esencial para formar convicción, deben ahora añadirse otras no menos importantes, pues han servido para, en unión a las anteriores, desacreditar los alegatos vertebradores de la tesis defensiva.

Así, en primer lugar, advertir que, en su declaración, el acusado aseguró tener con el Sr. Bienvenido (a cuyo historial médico reconoció haber accedido) una amistad “fuerte”, motivo por el cual, bajo petición expresa, accedió a su historia clínica; sin embargo, se echa en falta el testimonio que del referido señor podría haberse ofrecido a este Tribunal en trance a demostrar lo asegurado. Y no obviamos la denegación que de esa rogada prueba tuvo lugar en el trámite pertinente, pero tampoco se desconoce que la misma fue solicitada por la Acusación, y no por la Defensa, quien, ni pretendió hacerla suya, ni elevó protesta al respecto, evidenciando lo etéreo de la pretendida justificación.

Por otro lado, no puede rehuirse tampoco que el Sr. Romualdo, Médico especialista en Medicina Preventiva y Salud Pública, en su condición de tal, esto es, como médico de Salud Pública, no atiende a pacientes, circunstancia ésta que fue destacada por la Sra. Begoña, quien añadió que, como enfermera profesional que es, “conoce a otros muchos profesionales a los que podría pedir consejo” específico sobre enfermedades o

dolencias concretas, si así hubiera pretendido. Ello, que se ofrece lógico, pugna con el excesivo número de accesos informáticos que llevó a cabo el acusado, quien, cierto es, aunque no atiende pacientes, goza de un destacable historial y reconocido mérito profesional, por nadie puesto en duda, lo que es evidente que podría haber propiciado dirigirle por la Sra. Begoña alguna consulta médica concreta, pero en modo alguno, ya que se adivina del todo punto insostenible, más de doscientas dudas y aclaraciones sobre su salud y la de su familia.

A este respecto, esto es, el desmedido número de accesos a ESIAP y a HSAL de la Sra. Begoña y familia llevados a cabo por el acusado (el 81% de toda su actividad en ESIAP y el 33% de su actividad en HSAL durante el periodo de los hechos -folio 13-), trataron de ser justificados por éste argumentando que el sistema fallaba en muchas de las ocasiones en que intentaba acceder al mismo. Pues bien, al margen de lo evanescente que resulta el alegato, sostenido sólo sobre sí mismo, lo cierto es que, aun imaginando un contexto en el que cada acceso informático conseguido hubiera requerido de cinco intentos al efecto (contexto difícil de por sí, ergo *pro reo*), continúa arrojándose una cifra final de ojeadas a historiales nada despreciable, o sea, más de cuarenta accesos informáticos; cifra ésta, se entiende, más que innecesaria para poder conocer suficientemente el estado de una *paciente* que, por otro lado, a los meros efectos de aclaración y consulta, informaría a su compañero o colega de los detalles de la dolencia en cuestión, enervando con ello la necesidad de acudir, y menos aún en tantas ocasiones, a unos historiales que custodian mucha más información que la requerida a los fines dichos.

En otro orden de cosas, se tratan de sustentar las tesis defensivas en virtud de unos mensajes de texto supuestamente existentes entre acusadora y acusado, consignados en un Acta Notarial de fecha dos de Diciembre de dos mil catorce, esto es, dos días antes del presente juicio. Así, se recoge en el Acta aportada las manifestaciones que el acusado refirió al fedatario público, así como el requerimiento que al mismo efectuó en aras a descargar el contenido de un pendrive que le fue entregado y que comprendía una serie de mensajes de texto que, de ser ciertos, probarían, según se aduce, que entre la Sra. Begoña y el Sr. Romualdo seguía viva la relación sentimental que les unió en el pasado. Pues bien, al margen de lo intempestivo de la aportación, rayana con la vulneración de la tutela judicial efectiva de la contraparte al tratarse de mensajes supuestamente custodiados desde el año dos mil diez, llama poderosamente la atención que los mismos no fueron aportados, no ya al Órgano instructor, sino si quiera al Expediente Disciplinario obrante en autos, al que, sin embargo, sí fueron aportados otros mensajes existentes y no negados, los cuales son de nulo contenido sentimental (folios 35 y 36). Este modus procesal y material es del todo punto incomprensible para la razón, dadas las consecuencias profesionales que desde la incoación de aquel Expediente pudieron tener para el hoy acusado. Considerando que la Sra. Begoña negó en el plenario la veracidad de los mensajes antedichos, poca seguridad ofrece su efectiva existencia. En añadidura, por resultar concluyente, las fechas de los referidos mensajes se sitúan, al igual que otros aportados a la causa tanto por la Acusación como por la Defensa (folios 84, 85, 209, 210), entre los meses de Septiembre y Noviembre del año dos mil diez (tres meses), mientras que los accesos informáticos se sucedieron desde el día uno de Diciembre del año dos mil nueve hasta el día nueve de Febrero del año dos mil once (un año, dos meses y nueve días, s.e.u.o), sin obviar que en esos tres meses se han de incardinar los mensajes remitidos por el Sr. Romualdo a la Sra. Begoña con el tenor injurioso que ha quedado probado, por lo que, en definitiva,

pretender evidenciar con ello que la relación se prestaba a consentir accesos a los más íntimos datos que sobre una persona puede haber, cuales son los relativos a la salud, resulta baldío en atención al conjunto del acervo probatorio existente de contrario. El crédito otorgado al testimonio de la Sra. Begoña se residencia, al margen de en la perseverancia del mismo, en su no intervención en la incoación de la presente causa, pues fue el Ministerio Fiscal, a instancias del Govern de les Illes Balears, el que dio inicio a las investigaciones de oficio, debiendo entender que su credibilidad subjetiva, inevitablemente mermada si se atendiera a la lógica de los acontecimientos, en nada ha podido constatar como motor de sus alegaciones, desde el momento en que todos los hechos hasta ahora analizados han sido corroborados mediante prueba periférica, como ha sido escalonadamente razonado.

II) Finalmente, el resultado de la valoración probatoria nos impide alcanzar la convicción, fuera de toda duda razonable, acerca de la perpetración por el acusado de la totalidad de hechos que han sido objeto de acusación en los términos ut supra reflejados, tales como que, en esencia y al margen de lo ya examinado, el mismo hubiera realizado una verdadera campaña de hostigamientos, coacciones, insultos y vejaciones contra la Sra. Begoña en el ámbito laboral, motivo por el cual ésta hubiera sido trasladada de centro de trabajo. En efecto, aun habiendo sido probada la mala relación habida entre ambos, se muestra difuso que la causa del traslado de centro laboral a Ciutadella respondiera a lo argumentado, y menos aún a impedimentos intimidatorios o amenazas preferidas por el Sr. Romualdo, pues según consta en autos (folio 227) su traslado temporal a un despacho ubicado en el centro de salud Canal Salat de Ciutadella respondió a motivos de organización interna y de eficacia administrativa, resultado de lo cual, lejos de lo aducido, la Sra. Begoña refirió disminución de la ansiedad padecida, según puede acreditarse acudiendo al informe clínico obrante en folio 248. De este modo, unido a lo inconcreto del factual ahora tratado, no puede darse por probado que el Sr. Romualdo coaccionara a la Sra. Begoña, en los términos penalmente relevantes consignados en el artículo 172 del Código Penal, ni tampoco, por iguales motivos, que el mismo amenazara de modo alguno a aquella, pues ningún concreto hecho al respecto, más allá de los mensajes analizados (desnudos de la referida tipicidad, ex artículo 169 y concordantes del Código Penal - que no así de su incardinación dentro del Libro III del Código Penal, como se verá -), han sido introducidos a debate.

En efecto, resultó novedoso a la causa las manifestaciones vertidas en el plenario por la Sra. Begoña en relación a haber sido perseguida *en coche* por el Sr. Romualdo o haber hallado al mismo merodeando cerca de su domicilio sin justificación alguna. Resultando lógico, sino necesario, o incluso debido, denunciar unos hechos de las características descritas, en caso de que los mismos despertasen la inquietud que aseguró haber sufrido por ello la Sra. Begoña, no puede darse al testimonio la credibilidad necesaria para destruir la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, ante la falta de corroboración alguna de tales hechos, los cuales, no sólo no han sido denunciados ex ante, sino que se presentan de modo tan difuso que se hace imposible situarlos en el tiempo y en el espacio.

**SEGUNDO.**-Los hechos que ha sido declarados probados son constitutivos de un delito continuado de descubrimiento de secretos, así como de una falta de injurias leves.

I.-/ Así, el artículo 197 del Código Penal castiga en su segundo apartado al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modi-

fique, en perjuicio de tercero, 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 y 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. Por su parte, en el apartado sexto se consigna una agravación cuando las conductas afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz.

El delito de descubrimiento y revelación de secretos está íntimamente relacionado con el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, artículo 18.1º de la Constitución española y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de treinta de Abril de dos mil siete, el citado precepto constitucional garantiza el derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena sea cual sea el contenido de ese espacio y pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibir su difusión no consentida.

El párrafo primero del artículo 197 del texto citado contempla el tipo delictual básico, que a su vez se bifurca en dos conductas distintas: una, apoderamiento de papeles, cartas, mensajes...o cualquier otro documento o efecto personal; y dos, la interceptación de telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos.

El párrafo segundo, ya transcrito, trata de proteger la libertad informática como derecho de todo ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos. Tipifica el apoderamiento, acceso y utilización de datos informáticos y la modificación o alteración de los mismos.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, con ocasión de analizar los referidos tipos, debiendo destacarse en este punto sus sentencias de fecha dieciocho de Octubre del año dos mil doce y treinta de Diciembre de dos mil nueve, asentó que nada puede justificar la agresión a la intimidad de los pacientes, documentada en unos historiales clínicos que gozan de especial protección jurídica (**Ley** General de Sanidad, **ley** 14/1986; Real Decreto 63/1995 -derecho a la confidencialidad-; **Ley** Orgánica de Protección de Datos LO 15/1999; y **Ley** reguladora de la autonomía del paciente, **Ley** 41/2002, de 14 de noviembre).

Las conductas que nos ocupan 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 relativa, no obstante, por el hecho de que 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 ha sido asentado, 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, continúa refiriendo el Tribunal Supremo en la referida sentencia del año dos mil nueve, que el calificativo de reservado carece en absoluto de sentido, debiendo descartarse 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.

Para la comisión delictual, los datos, además, han 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). 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, médica, 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.

Sólo con relación a la primera y a la tercera de las conductas menciona expresamente el legislador que la misma se haga en perjuicio de tercero, mientras que no exigiría tal perjuicio en el caso de la conducta de acceso. Pero como se decía en la resolución ya mencionada, es necesario realizar una interpretación integradora del precepto, en el sentido de que como en el inciso primero se castigan idénticos comportamientos objetivos que el inciso 2º (apoderar, utilizar, modificar) no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno, y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles -y con la misma pena- en el inciso segundo.

En atención a lo expuesto, en el presente caso, el acceso a los sensibles datos analizados, relativos a la salud de la Sra. Begoña y familia, se produjo, en concordancia con el tipo delictivo, careciendo el acusado de consentimiento alguno de aquella o de cualquier otro titular indagado, según ha tenido ocasión de valorarse en el Fundamento anterior; por su parte, el perjuicio a la titular de los referidos datos ha quedado acreditado en forma de

trastorno ansioso diagnosticado y tratado, generador incluso de su baja laboral durante un lapso temporal de seis meses (Mayo a Octubre de dos mil once, ambos incluidos), como igualmente ha sido valorado; por su parte, ha de tenerse presente que los accesos no autorizados lo fueron a la Historia Clínica (eSIAP, o Sistema de Información de Atención Primaria) y a la Historia de Salud (HSAL) de la Sra. Begoña y familiares. El primero de ellos (ex folio 51) recoge la información clínica de todos los pacientes de Les Illes Balears que han recibido o reciben algún tipo de asistencia a través de los servicios asistenciales de Atención Primaria, recogiendo datos administrativos y relacionados con la salud de los pacientes (v.gr: antecedentes personales y familiares, datos de anamnesis o exploraciones físicas); el segundo historial, centraliza la información clínica de todos los sistemas de información clínicos existentes tanto en Atención Primaria como en Atención Especializada, recogiendo datos administrativos y datos relacionados con la salud de los pacientes (v.gr: alergias, diagnósticos e informes de alta). El acusado contaba con acceso a los mismos desde las fechas quince de Diciembre de dos mil ocho y veintisiete de Noviembre de dos mil nueve, respectivamente, por su condición de funcionario médico responsable de la Unidad de Epidemiología del Centro Insular de Menorca.

Hemos de concluir esta calificación jurídica razonando la inaplicación del precepto 198 del Código Penal al caso de autos, como venían invocando las Acusaciones. Es menester al efecto traer de nuevo aquí la interpretación que la Sala Segunda expresamente hace del tipo cuyo estudio nos ocupa, esto es, el art. 197.2, cuando, respecto del mismo, indica que *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*. Ello, en virtud de los hechos que han quedado probados, imposibilita la aplicación de un tipo que, suponiendo una agravación penológica significativa, tanto desde el plano cuantitativo como cualitativo, al aparejar pena de inhabilitación absoluta por un mínimo de seis años, no supondría sino penar dos veces la misma conducta, viéndose vulnerado con ello el principio *non bis in idem*. Y ello es así porque el Sr. Romualdo accedió a los datos objeto de la presente causa, no prevaliéndose de su condición de funcionario médico insular, sino, precisamente, por su condición de tal, pues, de no ser por ello, no habría tenido posibilidad de llevar a cabo la conducta típica. Como antes se advirtió, recordemos, el acusado contaba con acceso a los meritados datos desde las fechas quince de Diciembre de dos mil ocho y veintisiete de Noviembre de dos mil nueve, respectivamente, por su condición de funcionario médico responsable de la Unidad de Epidemiología del Centro Insular de Menorca y con unas finalidades concretas, como lo son, entre otras, el ejercicio de las tareas de epidemiología, la revisión de la declaración de enfermedades obligatorias y de los programas de prevención de cáncer de mama (vs folio 51).

De conformidad con el artículo 74 del Código Penal, cabe apreciar la continuidad delictiva en la conducta del acusado, dado que llevó a cabo reiterados accesos informáticos repartidos a lo largo del período en que se enmarcan los hechos objeto de la causa.

II.-/ Por otro lado y finalmente, la conducta realizada por el acusado es enteramente subsumible en el artículo 620.2 del Código Penal, el cual castiga la falta de injurias. Es consciente este Tribunal del respeto que al principio acusatorio se profesa mutando la calificación jurídica que servía de base a la Acusación en la forma que lo ha sido, pues con la misma, al margen de no resultar afectada de prescripción por virtud de la primigenia calificación, se mantiene intacto el factual que confor-

maba los escritos acusatorios; asimismo, la calificación jurídica resultante resulta homogénea con la sostenida por la parte acusadora, pues el artículo 620 del Código Penal castiga por igual conductas amenazantes, coaccionantes, injuriosas o vejatorias, siempre que la levedad sea nota común a las mismas, evidenciando de este modo que el Legislador busca penar en un solo precepto los ataques a la libertad personal de mínima entidad penal; y, por último y no menos importante, la referida mutación resulta favorable al acusado. Así el Sr. Romualdo, con *animus injuriandi*, expresó las manifestaciones recogidas en los hechos probados, resultando constante Jurisprudencia que determinados vocablos o expresiones, por su propio sentido gramatical, son tan claramente insultantes o hirientes que el ánimo específico se encuentra inscrito en ellas, poniéndose al descubierto con la simple manifestación de la expresión, como ocurrió en el presente caso, a través de las expresiones dirigidas a Begoña: “PUTA amb mayuscules” y “merda pura”.

**TERCERO.**-Del delito y falta cometidos es responsable en concepto de autor de los artículos 27 y 28 del Código Penal el acusado, Romualdo, habida cuenta de su participación directa, material y voluntaria en la ejecución de los hechos que integran los tipos penales.

**CUARTO.**-No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

**QUINTO.**-Evidencian los hechos que han resultado probados que el ataque a la privacidad llevado a cabo por el acusado tuvo por sujetos pasivos no solamente a la Sra. Begoña, sino también a miembros de su familia, de lo cual emerge que la calificación jurídica de las acusaciones, aun apoyadas en un *factum* parejo al finalmente contrastado, podría resultar incompleto en la cuantificación delictual.

No obstante, desde el plano constitucional, donde se ha analizado en profundidad el principio acusatorio, reitera la Doctrina, y acoge la Jurisprudencia, que entre las garantías que incluye el mismo se encuentra la de que nadie puede ser condenado por *cosa distinta* de la que se le ha acusado y la de que, por lo tanto, haya podido defenderse. Ahora bien, por “cosa” en este contexto no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae “no sólo sobre hechos sino también sobre su calificación jurídica”, tal como se ha sostenido en las *SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio y 225/1997, de 15 de diciembre*. De lo que se desprende que el debate procesal en el proceso penal “vincula al juzgador, impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse” (*STC 205/1989, FJ 2; reiterado en la STC 161/1994 (STC 95/1995, FJ 2)*). Ha de comprenderse, como la lógica impone, que diverge ser acusado de un delito o de cuatro, por lo que debemos atenernos a la estricta calificación efectuada, en respeto al precitado principio.

**I.-/** Así las cosas, respecto de la pena a imponer al acusado hemos de referirnos al artículo 197.2 del Código Penal, el cual castiga en su segundo apartado, por remisión al primero, el delito de descubrimiento de secretos precedentemente definido con pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Apreciándose continuidad delictiva y afectando los hechos descritos a datos de carácter personal reveladores de la salud, se hace necesario ponderar las agravaciones que ello

comporta, ex arts. 74 y 197.6 del citado texto legal.

Partiendo de los parámetros marcados se estima equitativo imponer al acusado la pena de PRISIÓN DE TRES AÑOS Y TRES MESES de duración y MULTA DE VEINTE MESES, a razón de una cuota diaria de DIEZ EUROS, habida cuenta de las agravaciones concurrentes y analizadas. De conformidad con el artículo 56 del Código Penal, en las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes: Suspensión de empleo o cargo público; Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; o Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código, y sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas.

Es notorio que el presente delito ha sido cometido por un funcionario médico de Salud Pública. No resulta excéntrica por consiguiente la inhabilitación que para el ejercicio de la medicina ha sido postulada por una de las Acusaciones en su escrito. Cierto es que la conducta se hace merecedora de la retribución de que dispone el Ordenamiento jurídico para prevenir tanto desde la perspectiva general o ejemplificadora, como desde la especial o disuasoria, conductas semejantes.

Sin embargo, tras un exhaustivo análisis del caso en concreto, no puede concluirse que la más equitativa de las penas a imponer, como accesoria legal, sea la referida inhabilitación profesional. Ha de traerse a este momento el *modus delictivo*, así como los antecedentes generales del Sr. Romualdo, para concluir que no fue el ejercicio de la medicina *strictu sensu* el que le llevó a cometer el delito por el que ahora resulta condenado, sino la vulneración de una confidencialidad que le era exigida por su condición de funcionario con acceso a unos datos reservados, máxime siendo éstos referentes a los más privados aspectos de los titulares que en ellos figuran. A ello debe añadirse, pues no puede ser soslayado *contra reo*, que no consta al mismo antecedente disciplinario previo al que motivó la presente causa, así como que su trayectoria profesional hasta el momento ha sido irreprochable, según apuntó en el plenario su compañera Sra. Guillerma de modo explícito, él mismo ha esgrimido en distintos estadios de la causa y por nadie ha sido cuestionado.

Es por este sumatorio de motivos por el que procede imponer al acusado, como pena accesoria legal, la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, en virtud del reproche colectivo que el delinquir exige, así como la pena de suspensión de empleo público, en su condición de funcionario de la CAIB, de dos años de duración, fundamentada esta extensión en el elevado número de delictivos accesos informáticos que llevó a cabo, así como en su consideración de pena menos grave, ex art. 33 del Código Penal, en conjunción con la privativa de libertad que le ha sido reglamentariamente impuesta.

**II.- /** El artículo 620 del precitado texto legal castiga al que injuriare levemente a otro con multa de diez a veinte días.

En consideración al reconocimiento de hechos, así como al

arrepentimiento que al respecto fue mostrado en el plenario por el acusado, procede la imposición de la pena en su mínimo legal, esto es, MULTA DE DIEZ DIAS, a razón de DIEZ EUROS DIARIOS, fijándose la cuota en la cuantía señalada por estimarse dentro de la capacidad económica del acusado, dada su profesión y años de desempeño laboral.

De conformidad con el artículo 53 del Código Penal, si el condenado no satisficere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente.

**SEXTO.**-Conforme al artículo 116 del Código Penal, toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.

**I.-/** El orden a la determinación de las responsabilidades civiles contraídas con ocasión de la conducta enjuiciada, se hace preciso valorar en primer término la instada por la representación de la Sra. Begoña y, en su caso, delimitar cuantías, consecuencias, y responsables.

Así, consta probado que la Sra. Begoña causó baja laboral con motivo de conocer los accesos informáticos no consentidos que a su historial clínico y al de sus familiares habían tenido lugar por parte del Sr. Romualdo, lo cual le generó un cuadro ansioso. Es obvio que actos como el enjuiciado producen por su mera existencia un daño moral ínsito en la humillación, desprotección y vulneración de los más íntimos datos personales, por lo que la existencia de aquel queda acreditado como propia consecuencia del delito cometido. En lo que respecta a su cuantificación, se estima proporcionado fijar la indemnización en seis mil euros (6.000 #), esto es, unos aproximados mil euros mensuales por cada uno de los que estuvo de baja laboral, tomando como referencia para su cálculo estimativo los importes consignados en la Tabla V ( *días no impeditivos* ) del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Del pago de la citada cantidad responderá subsidiariamente la Comunidad Autónoma de Islas Baleares/ Illes Balears, de conformidad con el art. 121 del Código Penal, pues los perjuicios derivados han sido consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos de la misma.

**II.-/** Ha quedado probado igualmente que la baja laboral de la perjudicada se prolongó desde el día veintisiete de Abril de dos mil once hasta el día treinta y uno de Octubre siguiente, comportando a la CAIB un total de 2.358,17 euros, en concepto de prestaciones laborales (folio 306), de los que también deberá responder el acusado en concepto de responsabilidad civil, por virtud del precepto citado ab initio del presente Fundamento.

Las citadas cantidades devengarán un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente sentencia hasta su pago, de conformidad 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable por derivación del art. 4 del mismo texto legal.

Habida cuenta de la reserva de acciones civiles constante en el auto de apertura de juicio oral (folio 314), no cabe pronunciamiento alguno más al respecto.

**III.- /** No han quedado probados perjuicios derivados de la comisión de la falta enjuiciada.

**SÉPTIMO.**-Por aplicación lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y 239 y siguientes de la LECrim, conforme a los cuales las costas procesales se entienden impuestas por ministerio de la ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, el acusado es condenado al pago de las dos terceras partes de las costas del presente procedimiento, declarando de oficio el tercio restante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al supuesto de hecho.

#### FALLO

**CONDENAMOS a Romualdo como autor criminalmente responsable de un DELITO CONTINUADO DE DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de PRISIÓN DE TRES AÑOS Y TRES MESES de duración y MULTA DE VEINTE MESES, a razón de una cuota diaria de DIEZ EUROS, quedando sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, así como a la pena de INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA, y a la de SUSPENSIÓN DE EMPLEO PÚBLICO, EN SU CONDICIÓN DE FUNCIONARIO DE LA CAIB, DE DOS AÑOS DE DURACIÓN; **y como autor criminalmente responsable de una falta de injurias leves**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de MULTA DE DIEZ DIAS, a razón de DIEZ EUROS DIARIOS, quedando sujeto igualmente a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, la cual podría cumplirse mediante localización permanente.

Condenamos al acusado al abono de las dos terceras partes de las costas del presente proceso, incluidas las devengadas a instancia de la acusación particular.

El condenado deberá **indemnizar a Begoña en la cantidad de seis mil (6.000) euros**, cantidad ésta que devengará un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente resolución hasta su pago, del que responderá subsidiariamente la Comunidad Autónoma de Islas Baleares/Illes Balears; asimismo el condenado deberá **indemnizar a la Comunidad Autónoma de Islas Baleares/Illes Balears en la cantidad de 2.358,17 euros**, devengando la citada cantidad idénticos intereses.

**ABSOLVEMOS a Romualdo de los delitos de coacciones y amenazas** por los que venía siendo inicialmente acusado en la presente causa, con todos los pronunciamientos favorables, declarando de oficio un tercio de las costas procesales causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Contra la presente resolución podrá interponerse recurso de casación. Lévese testimonio de la presente resolución a los autos principales. Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Magistrado Ilmo. Sr. D. Alberto Jesús

Rodríguez Rivas, constituido en Audiencia Pública en la Sala Audiencia de esta Sección. Doy fe.

## Anulan la renuncia a demandar al médico a cambio de 6.000 euros

**ADS.** El pacto de renuncia del paciente a entablar acciones judiciales no tiene efectos si al final del documento consta un "no conforme", aunque la paciente haya recibido en el momento de la firma cierta cantidad de dinero.

El caso que se juzga es insólito, pues se ofrecen 6.000 euros a la paciente como "gentileza comercial" a cambio de que firmara la renuncia a reclamar en el futuro y con el compromiso de "no criticar a la clínica ni a sus profesionales o sociedades asociadas, en público o en privado".

Si el pacto -la transacción del *artículo 1809 y ss.* del *Código Civil*- fuera válido por la conformidad de la paciente, la vía judicial habría quedado vedada para la paciente al tener valor de cosa juzgada (*artículo 1816 CC*), incluso en el caso de que no existiera equivalencia entre el daño y la indemnización acordada.

La transacción nova el contrato, "borra el pasado, y es fuente de una relación jurídica nueva", nacen nuevos vínculos y obligaciones que sustituyen los extinguidos o modifican éstos, explica la *Audiencia Provincial de Madrid* en alusión a la sentencia del *Tribunal Supremo del 30 de junio de 2001*.

En este supuesto, al consignar "no conforme" en el momento de suscribir el documento recibiendo el dinero indica que lo recibe a cuenta de la indemnización futura superior que pudiera corresponder. Ello se deduce de la contestación a la demanda del médico en la que reconoce que "parecía haber firmado pero en realidad dibuja un no conforme con un garabato", por lo que asume que efectivamente la paciente consigna su no conformidad a la íntegra renuncia y transacción".

Otro aspecto de interés de la sentencia es que la firma del pacto, gestionada por la secretaria personal del facultativo y ofrecido por "gentileza comercial", no tiene validez en cuanto expresa que "no supone asunción de responsabilidad o negligencia por ninguna de las partes".

Más bien ocurre lo contrario, la sentencia dice que esta afirmación supone "un implícito reconocimiento del mal hacer profesional del demandado y del resultado a todas luces fallido de sus intervenciones quirúrgicas, máxime cuando, como después se verá, a tal pago precedieron múltiples tratamientos estéticos facilitados gratuitamente a la actora para paliar la deficiente estética resultante (tratamientos depilatorios, masajes, ultrasonido, ozono, entre otros), así como, no se olvide nuevo paso por quirófano, en fecha 26 de febrero de 2009, esta vez, al parecer, sin coste añadido, para "retoque de cicatrices".

Sobre el núcleo de la cuestión litigiosa, es decir, la valoración de la praxis profesional, la sentencia explica la última tendencia del Supremo que rechaza la obligación de resultado en medicina, incluso en la voluntaria o satisfactiva, salvo que se haya garantizado por el médico.

La paciente pretendía una imagen corporal más joven y aparente de acuerdo con cánones actuales de belleza, teniendo en cuenta que previamente había tenido otras intervenciones con resultado deficiente de reducción mamaria y liposucción, pero las fotografías muestran que no se logra mejoría porque aparecen nuevas cicatrices y persiste la asimetría mamaria.

### Daño desproporcionado

Si el resultado es tan distinto del esperado, dice la resolución con cita de la sentencia del *Tribunal Supremo del 19 de julio de 2013*, la consecuencia es un incumplimiento contractual que obliga a indemnizar por "daño desproporcionado, o, entendiendo como tal aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesio-

nal médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria”.

### Consentimiento deficiente

El Tribunal deduce mala praxis del informe del propio perito del médico, pero aunque ésta no se pudiera inferir a simple vista del resultado estético, se detecta negligencia por la insuficiencia del deber de información y de los consentimientos informados suscritos.

La paciente firmó varios consentimientos para abdominoplastia, pero al parecer fueron modificados con posterioridad de forma manuscrita por una enfermera para incluir “cicatrización anómala” y que “se tomaran las precauciones necesarias para que se note lo menos posible”, lo que merece el reproche del juzgador.

La Audiencia no minora la indemnización fijada en la instancia, 27.406,12 euros, que se confirma en su integridad, atendiendo al desproporcionado perjuicio estético producido por la abdominoplastia.

Se cuantifican las secuelas en 16 puntos que incluyen la repercusión psicológica de un resultado inestético “que frustró el anhelo personal de belleza de la paciente y abocó a la misma a la clara conciencia de acarrear a futuro, y ya sí de forma irreversible, con un perjuicio estético notorio”.

Mención especial merece la mejor valoración por la Audiencia de la pericial de un no especialista en cirugías -aunque sí en valoración del daño corporal- frente a la del especialista en cirugía plástica y reparadora, en medicina legal y forense, y valoración del daño corporal. Considera el juzgador que la pericial del demandado “transcurre, por pasajes, como alejados del propio demandado”.

### Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 113 / Febrero 2005, pág. 109. CIVIL. La aseguradora debe hacer frente al pacto extrajudicial entre médico y paciente (riesgo típico en intervención de cataratas).

ADS nº 30 Julio / Agosto 1997. El pacto extrajudicial de indemnización no supone reconocer la culpa o el daño (carta de solidaridad e invitación por el Insalud para llegar a un acuerdo de indemnización no significa reconocer la culpa).  
ADS nº 166 / Diciembre 2009. Pacto extrajudicial (con aseguradora del Servicio Extremeño de Salud) indemniza el error diagnóstico en oncología.

Ref. ADS 21 /2015

Roj: SAP M 1020/2015 - ECLI:ES:APM:2015:1020  
Audiencia Provincial de Madrid. Sección: 9  
Nº de Recurso: 388/2013  
Nº de Resolución: 30/2015  
Procedimiento: Recurso de Apelación  
Ponente: LUCIA LEGIDO GIL  
Tipo de Resolución: Sentencia  
Resolución distribuida por CENDOJ

### SENTENCIA

En Madrid, a veintitrés de enero de dos mil quince.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Juicio Ordinario nº 1663/2011, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 388/2013, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelada D<sup>ña</sup>. Bárbara , representada por la Procuradora D<sup>ña</sup>. Isabel Martínez Gordillo; y, de otra, como demandado y hoy apelante D. Celestino , representado por la Procuradora D<sup>ña</sup>. Cayetana de Zulueta Luchsinger; sobre reclamación de cantidad por negligencia médica. SIENDO MAGISTRADA PONENTE LA ILMA. SRA. D<sup>ña</sup>. LUCÍA LEGIDO GIL.

### I) ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

**Primero** .-Por el Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Madrid, en fecha seis de marzo de dos mil trece, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “**Fallo** : Estimando en parte la demanda deducida por la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel Martínez Gordillo en nombre y representación de Doña Bárbara contra Don Celestino le condeno a abonar a la actora veintisiete mil cuatrocientos seis euros con doce céntimos (27.406,12 euros). Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad”.

**Segundo** .-Notificada la mencionada sentencia por la representación procesal de la parte demandada , previos los trámites legales oportunos, se interpuso recurso de apelación, el cual le fue admitido, y, dándose traslado del mismo a la contraparte, que se opuso a él, elevándose posteriormente las actuaciones a esta superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la

que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones, substanciándose el recurso por sus trámites legales.

**Tercero** .-No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo, que tuvo lugar el día 7/01/2015.

**Cuarto** .-En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

## II) FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero** .-Se aceptan los fundamentos de derecho de la Sentencia apelada, que deben entenderse, en su caso, completados por los de esta resolución.

**Segundo** .-Se ha ventilado en estos autos la reclamación económica formulada por D<sup>a</sup>. Bárbara , en importe principal ascendente a 27.899,28 euros, frente a D. Celestino , médico cirujano plástico que en sucesivas fechas 27 de mayo y 10 de junio de 2008 le practicó sendas intervenciones de cirugía estética en el Hospital Virgen de la Paloma de Madrid, la primera consistente en dermolipectomía abdominal para corregir la acumulación de grasa y la flacidez de la piel abdominal y blefaroplastia y lifting facial para rejuvenecimiento de rostro, y la segunda consistente en reducción mamaria bilateral con corrección de cicatrices previas, abonando por tales trabajos médicos la paciente las cantidades de 12.500 euros y 4.700 euros respectivamente. Se imputa al médico demandado negligencia en el desempeño de su labor profesional, acreditando el daño causado con aportación de **informe médico pericial** suscrito por el Dr. D. Íñigo en el que se constatan unas **secuelas** consistentes en **“cicatrices inestéticas y evidentes a nivel inframamario izquierdo y a nivel abdominal a la altura de ambas espinas iliacas antero-superiores, hiperpigmentada, ancha en alguna zona, y atravesando el abdomen de lado a lado; asimetría mamaria con desviación del canal intermamario, evidente incluso con ropa ajustada; cara anterior de la pared abdominal abollonada (inestética, persistencia de defecto que se pretendía corregir)”**.

El total importe reclamado incluye, por un lado, los gastos médicos en que incurrió la actora con ocasión de las sucesivas cirugías (17.200 euros) y, por otro, la valoración que, conforme al baremo de tráfico, procede otorgar a las secuelas objetivadas, que se cuantificaron en 16 puntos, en total 33.899,28 euros, minorando, eso sí, el que se decía importe indemnizatorio percibido a cuenta, 6.000 euros, consignado en el documento nº 6 de la demanda sobre el que habrá de volverse más adelante.

El demandado comenzó reconociendo al citado documento, cuya original firmado adjuntaba a su escrito rector (documento nº 8), eficacia transaccional impeditiva de pronunciamiento ulterior en sede judicial, para sostener a renglón seguido tanto su buena praxis como el buen resultado conseguido con sus intervenciones quirúrgicas y ello tras contextualizar las mismas en un historial clínico de la paciente al que efectivamente solo tangencialmente se refería la demanda. Así, se trajo a colación en la contestación a la demanda una liposucción previa por él mismo practicada en 1995 así como una reducción mamaria anterior practicada a la paciente en Francia en los años 80, productora de ciertas cicatrices que ahora se le encargó corregir. Se incidía también por el demandado en el cumplimiento escrupu-

loso por su parte del deber de información a la paciente, adjuntando al efecto a los autos los oportunos consentimientos informados firmados, junto, además, a su historia clínica.

**Tercero** .-Es primera cuestión a debatir en este recurso de apelación la trascendencia jurídica que deba darse al documento que, en fecha 23 de febrero de 2010, suscribieron ambas partes ahora litigantes, que se adjuntaba a la demanda como documento nº 6, aportando luego también el demandado junto a su escrito rector su copia firmada. En dicho documento se procura de la paciente, a cambio de la entrega, como “gentileza comercial”, de la cantidad de 6.000 euros, su desistimiento y apartamiento de cualquier denuncia o reclamación judicial o extrajudicial que hubiere formulado y su renuncia a reclamar a futuro, con el compromiso por su parte, incluso, de “no criticar a la clínica ni a sus profesionales o sociedades asociadas, en público o en privado”. La controversia que se ha suscitado con ocasión de dicho documento es si efectivamente la actora recibió el precio allí consignado como cantidad a cuenta, consignando en el documento la misma, en el apartado de la firma, un “no conforme” (tesis de la actora), o si, por el contrario, se firmó y se recibió dicho importe a plena conformidad, a modo de transacción del conflicto (tesis del demandado). Ni que decir tiene que, desde la regulación positiva de la transacción ( arts. 1809 y siguientes del Código Civil ), de haberse en efecto operado la misma con ocasión de la suscripción de dicho documento, quedaría vedado al órgano judicial la revisión de la controversia vista la autoridad de cosa juzgada que el legislador ha otorgado a la transacción ( art. 1816 CC ), lo que implica en la práctica, dice la jurisprudencia, la imposibilidad de exhumar situaciones conflictivas preexistentes. En esta materia recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2001 que el contrato de transacción no requiere que haya equivalencia u otro género de igualdad entre las concesiones que recíprocamente se hagan las partes, que incluso pueden tener un contenido exclusivamente moral. Se trata de sustituir la relación dudosa por otra cierta e incontrovertible con efectos novatorios, hasta el punto de que ha llegado incluso a ser considerada la transacción como un contrato abstracto ( Sentencia de 11 noviembre 1993 ). En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 “la transacción borra el pasado y es fuente de una relación jurídica nueva; provoca el nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones en sustitución de los extinguidos, o la modificación de éstos”. Se insiste finalmente en que, en efecto, la *exceptio pacti* o excepción de transacción vincula al órgano jurisdiccional del posterior proceso cuando concurran los mismos elementos subjetivos y objetivos de la cosa juzgada material, aunque no haya identidad entre ambas figuras ( Sentencias, entre otras muchas, de 29 de septiembre de 1984 y 14 de diciembre de 1988 ), quedando sujeto el pacto transaccional, eso sí, a las reglas de los contratos.

No es tal transacción lo que acaeció en el caso de autos, en que, decimos con el Juzgador de instancia, puede tenerse por acreditado que la actora evidenció su “no conforme” al tiempo de suscribir el documento, recibiendo el importe allí consignado a cuenta solo de la indemnización futura superior que pudiera corresponderle. Así lo presupuso desde su contestación a la demanda el demandado reconociendo que “parecía que había firmado pero en realidad dibuja un no conforme con un garabato”. También con ocasión del recurso se llega a indicar que “solo cuando se observa mejor el documento, se aprecia que es un garabato en el que consta no conforme”. Pues bien, las efectivas dudas que pudiera suscitar el examen del citado documento habrán de solventarse al modo que la propia parte demandada asume, concluyendo que efectivamente consignó la paciente su

no conformidad a la íntegra renuncia y transacción propuesta de contrario, por lo que, concluimos, es dable entrar a resolver en esta sede jurisdiccional la controversia suscitada.

Por lo demás, la interpretación acertada del manido documento, pese a los términos en que discurrió la testifical arbitrada por el demandado en la persona de su secretaria personal que gestionó la firma del mismo, no es la que procura en los autos la parte demandada, pretendiendo con su allí consignada "gentileza comercial" zanjar la controversia suscitada, sino, antes bien y con independencia de lo allí consignado ("este acuerdo no supone asunción de responsabilidad o negligencia por ninguna de las partes"), ha de tomarse como implícito reconocimiento del mal hacer profesional del demandado y del resultado a todas luces fallido de sus intervenciones quirúrgicas, máxime cuando, como después se verá, a tal pago precedieron múltiples tratamientos estéticos facilitados gratuitamente a la actora para paliar la deficiente estética resultante (tratamientos depilatorios, masajes, ultrasonido, ozono, entre otros), así como, no se olvide nuevo paso por quirófano, en fecha 26 de febrero de 2009, esta vez, al parecer, sin coste añadido, para "retoque de cicatrices".

Conecta el recurrente este primer motivo del recurso, de forma ciertamente inconexa, con la cuestión relativa a la imposición de las costas, entendiendo encontrarnos ante un supuesto claro de vencimiento, y pretendiendo con ello, parece, un pronunciamiento escindido sobre costas de acogerse este primer motivo de oposición, considerando que la litis "no presentaba por tanto dificultades de hecho o de derecho sobre esta cuestión". No es atendible tal razonamiento, de suerte que el pronunciamiento sobre costas no puede recaer sino sobre el signo final de la Sentencia dictada, estimatoria o desestimatoria, total o parcial, sin que eventuales asunciones por el órgano judicial de argumentaciones de parte, incluso de la vencida, puedan servir para mutar o modular tal pronunciamiento sobre costas.

En definitiva el primer motivo de impugnación arbitrado por la recurrente debe claudicar.

**Cuarto** .-Salvado el óbice previo relativo a la *exceptio pacti* invocada por el demandado, ya podemos abordar la verdadera cuestión controvertida en el litigio, que pasa por calibrar la efectiva sujeción por aquél, en los tratamientos dispensados a la actora, a la *lex artis ad hoc*, en un contexto, no puede soslayarse, de medicina estética.

Como recordaba la Sentencia de esta misma Sección de 1 de febrero de 2013, la doctrina jurisprudencial en supuestos de cirugía estética declaraba que estaban próximos al arrendamiento de obra, en cuanto que su finalidad era la obtención de un resultado. Así, la Sentencia Tribunal Supremo núm. 467/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 26 abril, Recurso de Casación núm. 1919/2000, declara: "Se está ante actuación profesional encuadrable en lo que suele denominarse medicina satisfactiva que, a diferencia de la curativa o asistencial -básicamente de medios-, lo que pretende es un resultado concreto y que el médico oferta al cliente, respondiendo la demanda de los mismos más que a imperiosa necesidad de la salud del enfermo, a su voluntad de tratar una mejora corporal, estética o funcional del propio cuerpo, por lo que el resultado en la cirugía satisfactiva opera como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el facultativo, ya que su obtención es el principal cometido de la intervención y sin descartar los componentes aleatorios de riesgo que toda intervención médica puede llevar consigo". "En esta línea, la jurisprudencia de esta Sala ha venido a declarar que en estos supuestos la relación participa en gran

medida del arrendamiento de obra, pues sin perder por completo su identidad jurídica de arrendamiento de servicios, se aproxima a dicho arrendamiento al presentarse como protagonista el resultado a lograr, lo que propicia la exigencia de una mayor garantía en la consecución del mismo, pues si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para lograr la finalidad buscada ( Sentencia de 28 de junio de 1997, que cita las de 21-3-1950, y 25-4-1994, así como las de 11 de febrero de 1997 y más directamente la Sentencia de 22-7-2003, 21-10-2005 y 4-10-2006 ". Más claramente aún, la Sentencia Tribunal Supremo núm. 1052/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 29 octubre, dice: "también en la actuación médica se da el contrato de obra, con obligación de resultado, en casos de cirugía estética (ya lo dijo la antigua sentencia de 21 de marzo de 1950 y lo dicen las modernas 28 de junio de 1997 y 22 de julio de 2003)".

Ya se dejaba constancia en nuestra anterior Sentencia antes citada que, pese a lo expuesto, el Tribunal Supremo vino a matizar o rectificar la línea jurisprudencial expuesta, indicando, entre otras, la Sentencia de 27 de septiembre de 2010, que "la distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice". Esta última línea jurisprudencial es la que mantienen las últimas Sentencias del Tribunal Supremo. Así, en la de 7 de mayo de 2014, se refiere ya como doctrina reiterada de la 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 20 y 19 de julio 2013)".

Ahora bien, como en el supuesto fáctico que allí examinase el Alto Tribunal, habremos de concluir en el presente que los resultados obtenidos en las dos intervenciones quirúrgico-estéticas practicadas a la paciente no fueron los ofrecidos por el médico que las practicó, ni mucho menos los deseados por la paciente, que, por cierto, no demandó una cirugía meramente reparadora, sino eminentemente estética, en el anhelo de una imagen corporal más joven y exitosa acorde con los cánones actuales de belleza y ello aun cuando la propuesta médica que recibió necesariamente pasaba por revisar intervenciones quirúrgicas previas de resultado estético también deficiente (reducción mamaria anterior y liposucción), una de las cuales, por cierto, ésta última, fue realizada por el mismo doctor hoy demandado. A este respecto, por más que el demandado se ha empeñado en los autos en defender el buen resultado de sus intervenciones quirúrgicas, pretendiendo con ocasión de su recurso suplantar el criterio valorativo ponderado del Juez a quo por el suyo propio, parcial e interesado, el material fotográfico aportado, también el del propio demandado (documento nº 7 que se pretende acreditativo del "buen resultado logrado con la paciente"), evidencia todo lo contrario. Y es que no se alcanza a apreciar siquiera mejoría en el aspecto de la paciente: si se ha sacrificado diámetro de cintura ha sido a costa de cicatriz elevada hasta casi el ombligo, de costado a costado, y si se han corregido cicatrices laterales en mamas han surgido otras igualmente evidentes en zona frontal, persistiendo la asimetría mamaria.

Si el resultado obtenido dista tanto del esperado y del que sería adecuado, habremos de concluir, como se expone en la STS de 19 de julio de 2013, que el demandado, a consecuencia del

incumplimiento contractual en que ha incurrido, viene obligado a indemnizar a la actora, y ello con acomodo en la doctrina del daño desproporcionado, entendiéndolo como tal aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Prosigue la Sentencia referida: «se le exige una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia».

Ocurre además en el caso de autos que existe un reconocimiento, de soslayo ciertamente, de **mala praxis** en la intervención quirúrgica del actor evidenciada por su propio perito, al reseñarse en su informe que, a consecuencia de la tracción que se empleó en la intervención quirúrgica de abdomen se propició la elevación del nivel de vello púbico de la paciente (lo que sin duda propició el ofrecimiento a la misma de sesiones depilatorias gratuitas para corregir tal mala praxis). Nótese que se salva incluso la circunstancia de haber cursado la intervención de abdominoplastia con dehiscencia de sutura o separación cicatricial para el caso de que se pueda entender que tal incidencia del posoperatorio fue ajena al actuar profesional del médico demandado y pueda tenerse como complicación de índole extraordinaria, al modo pretendido por su defensa letrada.

Ocurre además que, aun cuando se obviase tal consideración sobre mala praxis o no se pudiese inferir, al modo que pretéritamente se admitía en la jurisprudencia, negligencia médica a la simple vista del resultado estético finalmente conseguido, habría de confirmarse en cualquier caso el signo estimatorio de la Sentencia de instancia en consideración a la insuficiencia de los consentimientos informados suscritos y aportados a los autos, indicativos del incumplimiento por el facultativo del deber de información, todo ello en la forma que actualmente prescribe la **Ley 41/2002**, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente.

La doctrina jurisprudencial sobre el consentimiento informado declara ( STS, Civil sección 1 del 27 de diciembre del 2011, Recurso: 2069/2008 ): “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 ; 20 de enero y 13 de mayo 2011 ), 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 la autonomía del paciente**, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad”. “Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud”. “Y debe hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista

o centro distinto. La información por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente (Ss.

de 13 de octubre 2009; 27 de septiembre de 2010; 1 de junio 2011)”. En el mismo sentido, la jurisprudencia tiene establecido que: “la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la lex artis ad hoc, o lo que es lo mismo un supuesto y elemento esencial de la lex artis para llevar a cabo la actividad médica ( STS núm. 2/2009 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 21 de enero, Recurso de Casación núm. 1746/2003 , y Ss. TS de 21 de diciembre de 2005 , 26 de junio de 2006 , 26 de junio de 2006 , 15 de noviembre de 2006 , entre otras). Se produce una inversión de la carga de la prueba para que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios ( Ss.TS núm. 2/2009, de 21 de enero , 12 de enero de 2001 y 26 de junio de 2006, rec. 4072/1999 )”.

En el caso de autos quedó acreditado, en efecto, la firma por la paciente de varios **consentimientos informados** que se le pasaron a la firma (documento nº 3 de la contestación y los después firmados en el centro hospitalario, folios 212 y siguientes de las actuaciones). Ha de llamarse la atención que el propio doctor demandado, al tiempo de su interrogatorio, vino a reconocer que en la actualidad ha completado y pormenorizado los mismos, hasta el punto que los actuales distan mucho de los que recababa al tiempo de los hechos aquí enjuiciados. Nuevo reconocimiento implícito de déficits también a este nivel. De ser el conseguido el mejor resultado de los posibles atendiendo a las circunstancias personales de la paciente, de sobra conocidas por el médico demandado, no cabe duda que debió así augurarse o anticiparse de alguna manera en los consentimientos informados pasados a la firma, sin que a estos efectos pueda tenerse por bastante una mera reseña a la cicatrización de forma anómala en la paciente que se hizo constar en los **consentimientos** de 21 de mayo de 2008, cuando a renglón seguido el propio documento informa a la paciente de que efectivamente le quedará una cicatriz en el lugar de la incisión tomándose al efecto las precauciones necesarias “para que se note lo menos posible”. Por lo demás, la reseña manuscrita en dichos consentimientos a tal problemática de cicatrización anómala, introducida al parecer y en el mejor de los casos para el demandado por una enfermera suya en uno de los consentimientos (se ha cuestionado incluso que tal información figurase en el momento de la firma), no es bastante para garantizar que, en efecto la paciente recibiese información puntual de posibles consecuencias de tal problemática. Se antoja evidente que no resulta tan clara la alternativa por la cirugía practicada (reducción de abdomen y mamaria) de haberse anticipado, siquiera someramente, como posible resultado a resultados de tal cicatrización anómala, las finales resultados acaecidas en el caso de autos.

**Quinto.** -Resta examinar los alegatos subsidiarios del demandado recurrente relativos a la incorrecta cuantificación del daño resarcible. Para rechazar su tesis impugnatoria ha de indicarse que la cirugía facial que se dice satisfactoria y sobre la que, en efecto, no se ha hecho hincapié por la actora, fue simultánea a la abdominoplastia, de la que resultó el principal y desproporcionado perjuicio estético para la paciente a que se viene haciendo mención. No cabe por ello, en defecto de acreditaciones adicionales, minorar la partida reconocida consistente en el reintegro de gastos médicos en un importe que, por lo demás, tampoco se ha cuantificado, el que pudiera corresponder a los retoques faciales. Tampoco existe razón alguna para minorar el importe a devolver, hasta una cuarta parte, tal y como pretende el recurrente.

Por lo demás, la controversia ahora suscitada por el recurrente conecta con su denuncia de error en la valoración de la prueba al haberse antepuesto en la Sentencia las conclusiones del perito de la actora frente a la **pericial adjuntada por el demandado** a los autos, elaborada por D. Luis Alberto , que se presenta como especialista en cirugía plástica y reparadora, en medicina legal y forense, y valoración del daño corporal, y ello por el simple hecho de no ser el **perito de la actora** experto en este tipo de cirugías sino solo en valoración del daño corporal. A este respecto ha de tenerse por ponderada y ajustada la valoración efectuada en la Sentencia de instancia, máxime cuando la pericial del demandado transcurre, por pasajes, como alegatos del propio demandado. Resulta en consecuencia procedente acoger la puntuación del informe de la actora que, tras catalogar el perjuicio estético producido en su grado medio, cuantifica las secuelas en 16 puntos, incluyendo en ello la indudable repercusión psicológica de un resultado que, en el mejor de los casos, ciertamente, puede catalogarse sin ambages como inestético y que, en definitiva, no solo frustró el anhelo personal de belleza de la paciente ahora demandante sino que abocó a la misma a la clara conciencia de acarrear a futuro, y ya sí de forma irreversible, con un perjuicio estético notorio que, como se dice, fue bien cifrado por el perito de la actora.

**Sexto** .-El rechazo íntegro del recurso comporta que las costas de esta apelación se impongan al apelante ( art. 398.1 y 394 LEC ).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

#### FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Celestino , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Madrid en fecha 6 de marzo de 2013 en los autos de referencia, que se CONFIRMA EN SU INTEGRIDAD. Todo ello con imposición de las costas de esta alzada al apelante, con pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la **Ley** Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber que contra la misma CABE RECURSO DE CASACIÓN, de acreditarse el interés casacional, que deberá interponerse ante este Tribunal, en el término de VEINTE DÍAS siguientes a la notificación de la presente resolución.

**Publicación.** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

## DAÑO MORAL

### La reintervención por cirugía incompleta es indemnizable

**ADS.** La necesidad de reintervenir quirúrgicamente una fístula anal no detectada en la primera intervención al no cambiar de postura el cirujano al paciente para apreciar todo el trayecto fistuloso, se califica como negligencia por que la *Audiencia Provincial de Pontevedra*, por lo que asigna una indemnización de 5.000 euros en concepto de daño moral.

La responsabilidad del médico deriva de que en el curso de la cirugía únicamente se apercibió de la existencia de la zona indurada en la base del pene, pasándole desapercibida el resto de la zona indurada. Alega en su defensa el cirujano que por la posición del enfermo (ginecológica) no vio el trayecto claro, y que tendría que haber puesto al paciente en otra postura para intentar ver bien el orificio. El Tribunal se interroga por qué en la previa exploración física no delimitó perfectamente el trayecto o mejor dicho no concretó con precisión las zonas induradas.

#### Omisión de procedimiento simple

Considera el Juzgador que el cirujano pasó por alto procedimientos bastantes simples y poco agresivos para detectar en su verdadera dimensión las zonas induradas, por lo que se califica la actuación del negligente por no adoptar en tiempo las medidas adecuadas para hacer frente a la fístula en la primera intervención, "fallo absolutamente previsible y evitable de emplearse unos simples medios de detección (delimitar perfectamente las concretas zonas induradas en el curso de la exploración física previa a la cirugía, mover al paciente en el curso de la misma u otros que la ciencia médica ofrece en su estado actual).

La falta de medios determina la realización de una segunda intervención innecesariamente con las consecuencias subsiguientes.

Fue el propio paciente el que una vez recuperada la conciencia tras la primera cirugía palpa una induración que pasó desapercibida y ante ello expresa su voluntad de que se la intervenga el cirujano quien a requerimiento del propio paciente procede inmediatamente a su extirpación con anestesia local.

### Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 208 / Octubre 2013. Responsabilidad por demora diagnóstica y reintervención tardía.

ADS nº 206 / Julio - Agosto 2013. La reintervención por apendicectomía incompleta no es indemnizable.

Ref. ADS 22/2015

Roj: SAP PO 107/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:107

Audiencia Provincial de Pontevedra

Sede: Vigo. Sección: 6

Nº de Recurso: 515/2013

Nº de Resolución: 29/2015

Procedimiento: CIVIL

Ponente: MAGDALENA FERNANDEZ SOTO

Tipo de Resolución: Sentencia

Resolución distribuida por CENDOJ

### SENTENCIA

En Vigo, a Veintinueve de Enero de dos mil quince. Vistos en grado de apelación ante esta Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, los autos de Procedimiento Ordinario número 959/12, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 DE VIGO, a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación **515/13**, en los que es parte **apelante** dte.: Teodoro, representado por el Procurador D. JOSE F. VAQUERO ALONSO y asistido del letrado Dª NANCY SOAGE GOLDAR; y, **apelada** -ddo.: CENTRO MEDICO EL CASTRO VIGO, S.A. representado por el procurador D. JOSE VICENTE GIL TRANCHEZ y asistido del letrado D. ANTONIO DE SAS FOJON Y **apelado** -ddo.: Miguel Ángel representado por el procurador Dª CARINA ZUBELDIA BLEIN y asistido del letrado D. JAVIER MARTINEZ VALENTE. Ha sido Ponente la Il.tra. Magistrada DOÑA MAGDALENA FERNÁNDEZ SOTO, quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**-Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Vigo, con fecha 13 de Mayo de 2013, se dictó sentencia cuyo fallo textual-

mente dice: “Desestimo íntegramente la demanda formulada por el Procurador Sr. Vaquero Alonso, actuando en nombre y representación de Teodoro, frente a Miguel Ángel, representado por la Procuradora Sra. Zubeldia Blein y contra Centro Médico El Castro Vigo S.L., representado por el Procurador Sr. Gil Tránchez, absolviendo a los demandados de las pretensiones formuladas frente a los mismo, todo ello con expresa condena en costas a la parte actora..”

**SEGUNDO.**-Contra dicha Sentencia, por la representación procesal de Teodoro, se preparó y formalizó recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, para su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, señalándose para la deliberación del recurso el día 15 de Enero de 2015.

**TERCERO.**-En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Conviene recordar que la acción promovida por Don Teodoro pretendía la reparación del daño derivado de una cirugía de fístula perianal llevada cabo por el cirujano Don Miguel Ángel en el Centro Médico el Castro Vigo, S.L., acción de responsabilidad que fundó en lo siguiente, citado el 26 de julio 2011 para la intervención quirúrgica referida (fístula perianal), tras la realización de la citada cirugía comprueba que realmente no le habían intervenido de fístula perianal sino que le habían intervenido en la parte inferior del pene-escroto, sin su consentimiento y por un error profesional, dado que todavía conservaba una zona indurada, puesto tal hecho en conocimiento del Dr. Miguel Ángel, se procede nuevamente por el nombrado a intervenirle al día siguiente (27 julio), ahora sí, para intervenirle quirúrgicamente de la fístula perianal. En base a tales hechos estimó el demandante que existió error médico dado que fue intervenido en una zona del cuerpo que no correspondía, sin enfermedad y necesidad, y para la que no existía consentimiento, consideraciones que le llevaron a peticionar una indemnización de 24.200 euros.

La sentencia dicada en la instancia, tras considerar plenamente justificada la legitimación pasiva del Centro Médico el Castro, S.A., estima acreditado que la intervención del día 26 se llevó a cabo en la zona afectada por la fístula, la perineal, habiendo prestado el demandante su consentimiento a tal intervención así como a la cirugía practicada el día 27 y sin que se aprecie conducta negligente por parte del cirujano demandado, dado que, según se hace constar literalmente en la sentencia apelada, “el mismo al no ver la fístula a extirpar en la primera intervención finaliza la misma a fin de evitar cualquier daño, que no se ha probado que se produjera, y es en la segunda cuando al visualizar la fístula la extirpa sin mayor complicación”, consideraciones que determinaron el dictado de una sentencia absolutoria, con expresa imposición de costas al demandante.

Dichos pronunciamientos son recurridos en apelación por la representación de la entidad demandante quien alega infracción de la **Ley 41/2002**, reguladora de la autonomía del paciente y de

derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como error en la valoración judicial de la prueba, en lo que atañe a esta última cuestión insiste en que la base del pene no puede entenderse como zona perineal, alegando, en síntesis, que el facultativo demandado no explicó la razón de abrir por cualquier lado a pesar, según reconoció, de no encontrar la zona a operar por la posición en que se encontraba el paciente, razones que le llevan a solicitar la revocación de la sentencia apelada y la estimación de la demanda.

Se oponen las representaciones de los demandados sobre la base de invocar, entre otras consideraciones, que la actuación del facultativo que actuó en las dos intervenciones lo hizo con el consentimiento del paciente, siendo su actuar en todo momento diligente y ajustado a la *lex artis*, pero aun en el caso -que se niega- de apreciarse alguna responsabilidad en la actuación del Dr. Miguel Ángel la demanda deberá ser desestimada por inexistencia de daño.

**SEGUNDO.**-Sobre la supuesta infracción del derecho de información o consentimiento informado, entendemos con la juzgadora que no existe vulneración de los preceptos de la **Ley 41/2002** que en el recurso se citan como infringidos. Así, en contra de lo pretendido en el recurso, consta documentalmente acreditado en autos que la información fue ofrecida al paciente por escrito y que de la misma forma éste otorgó el consentimiento para la cirugía de la fístula de ano.

Decimos lo anterior por cuanto la última expresión "fístula de ano" es en realidad omnicomprensiva de "fístula perianal". Esto y no otra cosa es lo que se desprende de la prueba practicada en autos, sin ninguna propuesta de contrario que la desvirtúe, ya que los únicos conocimientos científicos que aparecen en el procedimiento vienen dados por la documental y por lo explicado en juicio por los Dres. Constantino y Miguel Ángel quienes son contestes en afirmar que cerca del 90%, aproximadamente, de las fístulas perianales son secundarias a infecciones de las criptas glandulares anales, es decir que la etiología de la mayor parte de las fístulas de periné, como era el caso, está en el ano, localizándose en la zona perineal el trayecto fistuloso. De hecho, tal y como informó el único perito que declaró en la causa, la base del pene (zona donde se practicó la cirugía el día 26) es el periné y eso no es el pene, de manera que se habla de región perianal o perineal para referirse a la zona que existe entre la base escrotal y el ano, zona que no se identifica con el pene, en concreto y en concordancia con la literatura médica, la zona del periné presenta como límites los siguientes: testículos y base del pene (anterior), cóccix (posterior) y tuberidades isquiáticas (laterales). Idéntica conclusión se alcanza con la prueba documental pues las cicatrices que en la exploración física refiere el Urólogo de Povisa, Dr. Fructuoso, en su informe de fecha 14 de septiembre 2001 se sitúan una en el rafe surco peno-escrotal de 3 cm. y la otra de 7cm. en el periné.

También la cirugía llevada a cabo el día 27 (la extirpación del otro trozo indurado con anestesia local) está cubierta por el consentimiento otorgado por escrito en fecha 20 de julio 2011, pues, como bien apunta la juzgadora, en el consentimiento otorgado en esa fecha ya se comprendía y previa la posibilidad de reintervención, siendo, por otro lado, el propio paciente el que una vez recuperada la conciencia tras la realización de la cirugía llevada a cabo el día 26 palpa una induración que pasó desapercibida en esa primera cirugía y ante ello expresa su voluntad de que se la intervenga el cirujano quien a requerimiento del propio paciente procede inmediatamente a su extirpación con anestesia local. Tampoco puede obviarse que se trata de la misma

patología, es decir es la misma patología la que requiere dos cirugías en días sucesivos, en concreto un trayecto fistuloso (o lo que es lo mismo una fístula) que procede de las criptas glandulares del ano cuyo trayecto puede discurrir de forma variable (por ej. el edema puede llegar a la espalda), y en el caso es manifiesto que lo hizo por la zona del periné, por eso en la primera cirugía la incisión se realizó en la base del pene porque allí había una zona indurada, optando el cirujano al no ver el trayecto fistuloso completo por no hacer nada más y es al día siguiente cuando alertado por el paciente procede a extirpar el otro trozo indurado.

Así pues, no puede aceptarse el alegado del apelante de que su representado no fue intervenido de una fístula perianal el día 26 y menos que esa cirugía no se correspondiese con su patología/enfermedad, como tampoco puede aceptarse, por lo que ya hemos indicado, la ausencia de consentimiento para las dos intervenciones llevadas a cabo sobre las zonas induradas del trayecto fibroso (fístula) los días 26 y 27. En fin que respecto a estos extremos se confirman las decisiones alcanzadas en la sentencia apelada.

**TERCERO.**-Otra cuestión es dilucidar si existió o no responsabilidad civil médica. Pues bien, para centrar jurídicamente el tema hemos de comenzar resumiendo la pacífica jurisprudencia existente y, por lo tanto, aplicable tanto en casos de responsabilidad civil contractual ( art. 1101 y sig. CC ) como extracontractual ( art. 1902 y sig. CC ) y que se plasma, entre otras muchas en las STS 27 de marzo y 10 de abril 2001, 25 junio 2003, las cuales se vienen a expresar en los siguientes términos: a) La obligación del médico no es una obligación de resultado, sino una obligación de medios, por supuesto adecuados a la llamada *lex artis ad hoc*, es decir, está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los medios que requiera, según el estado de la ciencia; de manera que si bien el médico ha de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución del resultado, lo cierto es que cumple con su ejecución adecuada y concreta; b) En la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba admitida para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación causal o material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico; y c) Dicho reproche puede provenir de la negligencia omisiva en la aplicación de un medio, o quizás más generalmente, de una acción culposa; cuando no es posible establecer la relación de causalidad o el resultado dañoso no depende de una conducta culposa, no hay responsabilidad sanitaria.

En el concreto caso de que aquí se trata, el problema no es lo que hizo el cirujano, sino lo que no se hizo inicialmente, es decir en el curso de la cirugía del día 26, pudiendo y debiendo hacerse, y, por tanto, el tema de valoración de la prueba ha de centrarse en la practicada respecto de esta cuestión. No cabe duda que el Dr. Miguel Ángel, al menos inmediatamente antes de la efectiva realización de la primera cirugía, conocía los antecedentes del paciente, pues así lo hace constar en su informe de ingreso "antecedentes de cirugía en región perianal (posible proceso inflamatorio), consulta por brotes repetidos de dolor y tumoración en la zona de cirugía previa", de hecho en la exploración clínica refiere "en región perianal, zona ano-prepucial, en parte media tumoración mal delimitada, dolorosa y con signos inflamatorios", en concreto conocía la existencia de fístula perianal respecto a la cual decidió la intervención el día 26, por lo que no hubo error de diagnóstico, lo que sí hubo, y ahí está la res-

ponsabilidad, es que en el curso de la cirugía únicamente se percibió de la existencia de la zona indurada en la base del pene, pasándole desapercibida el resto de la zona indurada, en su defensa alega el cirujano que por la posición del enfermo (ginecológica) no vio el trayecto claro, que tendría que haber puesto al paciente en otra postura para intentar ver bien el orificio. Ignoramos la razón del porqué en el curso de la previa exploración física no delimitó perfectamente el trayecto o mejor dicho no concretó con precisión las zonas induradas, también ignoramos la razón del porqué en el curso de la primera cirugía no movió al paciente cambiándole de postura para poder ver el otro trayecto fistuloso, pero lo cierto es que paso por alto procedimientos que estimamos bastantes simples y poco agresivos para detectar en su verdadera dimensión las zonas induradas, es decir al Dr. Miguel Ángel claramente le pasó desapercibida en la primera cirugía una parte de la zona indurada por no practicar ni ordenar las actuaciones pertinentes, en consecuencia se ha de estimar plenamente acreditado que el mentado cirujano no utilizó ni puso a disposición del paciente los medios adecuados para corregir la patología en su verdadera dimensión ya que las zonas induradas pudieron haber sido resecaadas y extirpadas con la cirugía practicada el día 26, de forma que de haber actuado conforme a la *lex artis* la cirugía llevada a cabo con anestesia local el día 27 devendría innecesaria. En este punto hemos de recordar y hacer hincapié en que es el propio cirujano quien en el acto de la vista narra que "... al terminar la primera intervención le comunica al enfermo que no le ha extirpado completamente el trayecto fistuloso porque no lo ha visto y a la mañana siguiente el propio paciente le dice que queda un trozo indurado, ante lo cual procede a su extirpación con anestesia local".

Ante lo expuesto no puede sino concluirse la actuación negligente del demandado Dr. Miguel Ángel por no adoptar en tiempo las medidas adecuadas para hacer frente a la fístula en el curso de la intervención llevada a cabo el día 26, fallo absolutamente previsible y evitable de emplearse unos simples medios de detección (delimitar perfectamente las concretas zonas induradas en el curso de la exploración física previa a la cirugía, mover al paciente en el curso de la misma u otros que la ciencia médica ofrece en su estado actual), y que, sin embargo, pese al conocimiento de los antecedentes del paciente, no se hicieron, determinando, innecesariamente, una segunda intervención con las consecuencias subsiguientes.

Así las cosas hemos de afirmar la existencia de una conducta negligente en el Dr. Miguel Ángel, como la relación de causa a efecto y la del daño, realidad esta última acreditada con la realización de la innecesaria segunda intervención, de manera que negar la existencia del daño no encuentra justificación salvo que lo sea dentro del natural y lógico derecho de defensa, pues no olvidemos que recae sobre el profesional la obligación ineludible de acudir a todos los medios que pudieran ser necesarios y se hallen dentro de las posibilidades del centro en orden a procu-

rar la curación ( STS de 6 de febrero de 2001 ) y, desde luego, a evitarle al paciente procesos, en el caso quirúrgicos, innecesarios, pues la patología, insistimos, pudo y debió resolverse con la cirugía del día 26.

**CUARTO.**-Por lo que respecta al importe indemnizatorio, estima la Sala que únicamente procede la indemnización por daño moral, ya que los demás conceptos reclamados se producirían igualmente de haber actuado el Dr. Miguel Ángel diligentemente y haber solucionado la patología completamente con la realización de la primera cirugía, tampoco se han acreditado circunstancias especiales que incidan al alza o baja en orden a la valoración del daño moral que toda cirugía innecesaria conlleva, de ahí que esta Sala reputa equitativo fijar el daño moral en la cantidad total de 5.000 euros, suma que devengará intereses legales desde la fecha de esta sentencia.

**QUINTO.**-La estimación parcial del recurso de apelación y por ende de la demanda conlleva que no se haga especial declaración respecto a las costas procesales que se hubieren devengado en ambas instancias ( art. 394 y 398 LEC ). En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española.

#### FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por el procurador Don José F. Vaquero Alonso, en nombre y representación de Don Teodoro, frente a la sentencia dictada en fecha 13 de mayo 2013 por el Juzgado de 1ª instancia núm. 3 de Vigo en Procedimiento Ordinario núm. 959/2012, la cual se revoca y, en su lugar, se dicta otra por la que se estima parcialmente la demanda presentada por el referido apelante, Don Teodoro, contra Don Miguel Ángel y Centro Médico el Castro Vigo, S.A., condenando a dichos demandados a que abonen solidariamente al demandante la suma de CINCO MIL EUROS (5.000), con los intereses legales computados desde la fecha de la presente resolución y sin hacer expresa declaración en orden a las costas procesales que se hubieren devengado en ambas instancias.

Procedase a la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación para el caso de que se acredite interés casacional o, en su caso, infracción procesal, en base a lo establecido en el art. 477 LEC, debiendo interponerse dentro de los veinte días siguientes a su notificación en la forma establecida en el art. 479 LEC.

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

## CONSENTIMIENTO NO ESCRITO

### La constancia de la información verbal en el registro de enfermería avala la cesárea urgente

**ADS.** Reclama la demandante la indemnización por desgarro del útero y sutura del uréter por cesárea urgente para la que no firmó el consentimiento, petición que desestima el *Tribunal Superior de Justicia de Cantabria* (TSJC) al interpretar que los daños derivan del riesgo inherente a la intervención y que la urgencia de ésta desvanece el rigor de la forma escrita del consentimiento.

El TSJC acepta la información verbal en este caso de urgencia, ya que consta en la hoja de enfermería que la paciente “no entiende bien la información sobre elección de la cesárea o el parto vaginal”, y que se avisa para que se le ofrezca más información. También figura en la hoja citada que se explica la situación de parto activo y que por lo tanto no se puede elegir la vía de parto: “Recomiendo ver la evolución de la dilatación, la paciente acepta”.

La sentencia considera que este registro de enfermería acredita la existencia de una información médica previa y suficiente, por lo que la omisión del consentimiento escrito se califica de un mero defecto formal.

Recuerda la variación doctrinal del Supremo respecto de las consecuencias de esta omisión del consentimiento escrito: con antelación la reputaba en sí misma como un daño moral grave distinto del daño corporal y por tanto indemnizable, pero con posterioridad prevalece el principio de que su ausencia no es indemnizable si no se produce un daño causalmente relacionado con el acto médico.

No existe causalidad entre el daño de la cesárea y la omisión del consentimiento escrito, dice la sentencia, teniendo en cuenta que se trata de un riesgo

inherente a la única intervención posible dado que el parto estaba ya activo.

#### Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 211 / Enero 2014. *Obstetricia / Validez de consentimiento que no incluye riesgo de fístula.*

ADS nº 202 / marzo 2013. *Una sentencia censura que los peritos del médico no examinen al paciente ni pruebas concluyentes (fístula).*

ADS nº 209 / Nov. 2013. *Condena por no ofrecer cesárea en parto con feto macrosómico.*

ADS nº 207 / 2013, pág. 725. *URGENCIAS / El retraso diagnóstico de embarazo ectópico no es censurable.*

ADS nº 206 / Julio - Agosto 2013. *El Supremo exige prueba fehaciente de mala praxis para indemnizar graves daños a neonato.*

ADS nº 203 / Abril 2013 . *Condena por omisión de preoperatorio y no detectar reacción alérgica a la anestesia.*

ADS nº 199 / Diciembre 2012. *ANESTESIA EPIDURAL. Supremo. El consentimiento no debe incluir términos médicos incomprensibles para el paciente.*

ADS nº 193 / 2012. *Responsabilidad en ginecología & obstetricia: casos judiciales y tendencias doctrinales recientes (IV). Error diagnóstico y terapéutico en cáncer de mama. I. BARREDA.*

ADS nº 192 / Abril 2012, pág. 221. *El Supremo valora el fallecimiento por imprudencia sanitaria en un millón de euros. Concede la indemnización más alta por este concepto y por omisión de consentimientos para cesárea y para anestesia epidural.*

ADS nº 191. *Responsabilidad en ginecología & obstetricia: casos judiciales y tendencias doctrinales recientes (III). Error terapéutico y omisión de medios en la asistencia al parto. I. BARREDA.*

ADS nº 190. *Responsabilidad en ginecología & obstetricia :casos judiciales y tendencias doctrinales recientes (II). Nuevo perfil de culpa profesional por error diagnóstico prenatal. I. BARREDA.*

ADS nº 189 / 2013. *Responsabilidad en ginecología & obstetricia: casos judiciales y tendencias doctrinales recientes (I). I. BARREDA.*

ADS nº 128 / 2006. *Ginecología: la falta de monitorización continua culpa al médico por daño gravísimo (falta de consentimiento para la anestesia epidural, que el juzgado considera ineludible también para prácticas instrumentales en el parto).*

Ref. ADS 23/2015

Roj: STSJ CANT 984/2014 - ECLI:ES:TSJCANT:2014:984  
*Tribunal Superior de Justicia de Cantabria*  
*Sentencia del 29 de diciembre de 2014.*  
*Sala de lo Contencioso. Sede: Santander. Sección: 1*  
*Nº de Recurso: 118/2014. Nº de Resolución: 503/2014*  
*Procedimiento: Recurso de Apelación*  
*Ponente: RAFAEL LOSADA ARMADA*  
*Tipo de Resolución: Sentencia*  
*Resolución distribuida por CENDOJ*

## SENTENCIA

En la ciudad de Santander, a veintinueve de diciembre de dos mil catorce.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el **recurso de apelación número 118/2014** contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santander de 16 de julio de 2013 formulado por **DOÑA Florencia** representada por el procurador don José Alberto Ruiz Aguayo bajo la dirección jurídica del letrado don Pablo Javier Obregón Perales, siendo parte apelada **GOBIERNO DE CANTABRIA (SERVICIO CÁNTABRO DE SALUD)** representado y asistido jurídicamente por el letrado de los servicios jurídicos y **ZURICH ESPAÑA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS** representada por la procuradora doña Dolores Echevarría Obregón y defendida por el letrado don Eduardo Asensi Pallarés.

Es ponente el presidente don Rafael Losada Armada, quien expresa el parecer de la sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**-El recurso de apelación se interpuso el día 23 de mayo de 2014 contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santander de 16 de julio de 2013 que desestima el recurso contencioso administrativo formulado por la demandante contra la resolución del director Gerente del Servicio Cántabro de Salud de 3 de noviembre de 2011 que desestima la reclamación patrimonial formulada con imposición de las costas.

**SEGUNDO.**-Del recurso de apelación se dio traslado a la Administración autonómica y a la aseguradora que formularon oposición al recurso de apelación y solicitaron que se dictase sentencia por la que, con desestimación del recurso de apelación, se confirmase la sentencia de instancia con la imposición de las costas a la parte apelante.

**TERCERO.**-En fecha 19 de junio de 2014 se elevaron las actuaciones a esta sala y al no haberse solicitado el recibimiento a prueba, sin que se estime necesaria la celebración de vista o conclusiones por escrito, se señaló para la votación y fallo el día 29 de octubre de 2014, aunque fue el 26 de noviembre de ese año cuando se deliberó, votó y falló.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada en cuanto no se opongan a los siguientes:

**PRIMERO.**-El objeto del recurso contencioso-administrativo resuelto de forma desestimatoria por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santander de 16 de julio de 2013 es la resolución del Gerente del Servicio Cántabro de Salud de fecha 3 de noviembre de 2011 que desestima la reclamación patrimonial formulada por doña Florencia por la deficiente asistencia sanitaria recibida en el Hospital

Universitario Marqués de Valdecilla con ocasión de su ingreso el 30 de mayo de 2008 procedente del hospital de Laredo por embarazo de 35 semanas.

**SEGUNDO.**-La sentencia apelada mantiene que no hubo infracción de la *lex artis* en el desgarro de cuello de útero y sutura del uréter al practicar la cesárea y que si bien la demandante no firmó el consentimiento informado para el parto vaginal, ha de tenerse en cuenta que las secuelas cuya indemnización se reclaman derivan de la práctica de cesárea, no del parto vaginal que no se produjo pero es que, además, consta en observaciones de enfermería que la demandante no había entendido bien la información proporcionada sobre si optaba por cesárea o parto vaginal por lo que se avisó para más información, de lo que se infiere por la juzgadora de instancia que sí hubo información a la paciente demandante y que la cesárea fue un caso urgente por lo que no se requería el consentimiento informado.

**TERCERO.**-El único motivo en el que articula su recurso de apelación la demandante contra la referida sentencia de instancia, radica en el error de apreciación de la prueba practicada en autos por vulneración del deber de información al paciente ( arts. 2 , 4 , 8 y 10 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), por entender que no se le informó de los posibles riesgos o complicaciones del parto vaginal tras una cesárea anterior, ni hubo consentimiento informado antes del parto, al tratarse de una situación obstétrica especial que la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia exige.

Dice el recurso de apelación que la existencia de información en forma verbal, que no escrita, que la juzgadora deduce del folio 165 (observaciones de enfermería) no tiene en cuenta que, en modo alguno se deja constancia en el mismo, ni del contenido concreto de la información transmitida a la señora Florencia , ni de que se le diera más información después de que expresara que no había entendido bien la recibida sobre si optar por cesárea o parto vaginal, todo ello, evidentemente, antes de entrar la paciente en situación de parto activo, en que ya no hay posibilidad de elección, toda vez que la carga de la prueba corresponde a la administración al no haber constancia escrita de la información ofrecida.

**CUARTO.**-Como establece la STC 37/2011 de 28 de marzo en el recurso de amparo contra la desestimación de responsabilidad civil derivada de asistencia sanitaria:

“De acuerdo con lo expuesto, podemos avanzar que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física ( art. 15 CE ), a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal ( STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty c. Reino Unido* , § 63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio , FJ 9).

Ahora bien, para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.

La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.

Es consonante con la relevancia que se ha asignado a la información y al consentimiento previos a la realización de cualquier actuación médica la regulación de estos aspectos que se realiza en nuestro ordenamiento interno, contenida, esencialmente, en la **Ley 41/2002**, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que actualiza y completa la regulación contenida en la **Ley 14/1986**, de 25 de abril, General de Sanidad, con observancia de las previsiones del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina de 4 de abril de 1997, al que ya se ha hecho referencia. Entre los principios básicos que enuncia la **ley** en su art. 2, figura la exigencia, con carácter general, del previo consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad, "que debe obtenerse después del que el paciente reciba una información adecuada" y que "se hará por escrito en los supuestos previstos en la **ley**" (apartado 2). Asimismo, queda recogido el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, tras recibir la información adecuada (apartado 3), y a negarse al tratamiento, salvo en los casos previstos en la **ley** (apartado 4).

El art. 4 regula el derecho a la información asistencial de los pacientes, como medio indispensable para ayudarle a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, correspondiendo garantizar esa información, con el contenido previsto en el art. 10, al médico responsable del paciente, así como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto, reconociéndose también el derecho a no recibir información (aunque con los límites contemplados en el art. 9.1). Por lo que se refiere al consentimiento informado, el art. 8 prevé que "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 art. 4, haya valorado las opciones propias del caso", y que, como regla general, se prestará verbalmente, salvo determinados supuestos, como las intervenciones

quirúrgicas, en las que se efectuará por escrito. Como excepción, se permite llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables para la salud del paciente sin necesidad de su consentimiento en supuestos tasados (art. 9.2)."

**QUINTO.**-En el presente caso, la sentencia de instancia descarta la relación de causalidad material entre un eventual incumplimiento del requisito del consentimiento informado y las secuelas cuya indemnización reclama la demandante al derivar del parto por cesárea y no del vaginal que, finalmente, no se produjo, pero incluso refleja la sentencia de instancia (fundamento de derecho quinto) como en las observaciones de enfermería -lo que reconoce en la demanda- hay constancia escrita de que "la paciente no ha entendido bien la información proporcionada sobre si opta por cesárea o parto vaginal, aviso para que se le ofrezca más información. Explico a la paciente su situación actual, parto activo y que por tanto no hay posibilidad de elección de vía de parto. Recomiendo ver evolución de dilatación, la paciente acepta", lo que implica, sin duda alguna, como reconoce la sentencia de instancia una información verbal inicial y la imposibilidad de elección del parto vaginal.

Desde luego este registro de enfermería contenido al folio 165 del expediente administrativo, que corresponde al día 31 de mayo de 2008 a las 14.45 horas, no puede ser más acreditativo de la existencia de una información médica previa y suficiente.

Es cierta la inexistencia de escrito que recoja el consentimiento informado de la paciente pero no lo es menos que, como se infiere de la sentencia, la paciente estaba informada al menos verbalmente y sabía finalmente que no había posibilidad de elección y que aceptó a resultas de la evolución de la dilatación, por lo que el único menoscabo moral admisible hubiese sido el de la pérdida de libertad de decisión con conocimiento de causa suficiente, lo que hace que la falta de consentimiento informado escrito sea un mero defecto formal.

**SEXTO.**-Debe tenerse en cuenta que, a pesar de la falta de consentimiento informado escrito admitida y comprobada en el supuesto de autos, a tenor de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2011, recurso 5067/2006, la jurisprudencia ha evolucionado en esa cuestión del defecto u omisión del consentimiento informado desde una postura que lo reputaba en sí mismo constitutivo de un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención y por tanto indemnizable (así, en la sentencia de 4 de abril de 2000) a otra que afirma como regla o principio que la mera falta o ausencia de aquél no es indemnizable si no concurre el elemento de la relación causal entre el acto médico y el daño constatado (así, entre otras, las sentencias de 26 de marzo de 2002, 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, o las de nuestra Sala Primera, de lo Civil, de 23 de octubre de 2008 y 30 de junio de 2009).

La parte apelante mantiene que, incluso, no debe tenerse por acreditada la información verbal, así como que el consentimiento informado escrito resultaba necesario al tratarse de un parto de riesgo al haberse producido una cesárea anterior, lo que constituye de por sí una mala praxis que debe dar lugar al reconocimiento de responsabilidad patrimonial; sin embargo, no puede decirse que exista relación de causalidad entre la falta de consentimiento informado y el daño producido derivado de la cesárea que hubo de practicarse de forma urgente, sin otra posibilidad ya de parto vaginal lo que excluye la relación de causalidad exigible para que pudiera prosperar la reclamación patrimonial.

La STS de 23 de marzo de 2011, recurso 2302/2009 , dice:

“La falta de consentimiento constituye una mala praxis ad hoc pero que no da lugar a responsabilidad patrimonial per se si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente, así resulta a título de ejemplo de la Sentencia de veintiséis de febrero de dos mil cuatro . La Sentencia citada se hace eco de la anterior de la sala de 26 de marzo de 2002 en la que expresamente se afirmó que “ante la falta de daño, que es el primer requisito de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento del servicio, no parece relevante la ausencia

o no del consentimiento informado, o la forma en que éste se prestara”. Del mismo modo la sentencia de 14 de octubre de 2002 insiste en que la falta de consentimiento informado constituye un incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y lo considera como manifestación del funcionamiento anormal del servicio sanitario.”

Es por lo expuesto que, si a pesar de producirse un daño como el sucedido a la demandante, hay que concluir que el mismo es debido a la situación de riesgo inherente a la intervención médica que implica el parto por cesárea, riesgo que la paciente tiene el deber jurídico de soportar al ser inherente a la terapia, lo que implicaría que, aun existiendo daño, no existirá lesión al no concurrir la nota de la antijuridicidad ( STS de 20 de diciembre de 2007, recurso de casación 5998/2003 ).

Es decir, que en el caso analizado no se produce un resultado dañoso antijurídico y por tanto lesivo jurídicamente hablando ya que el resultado es causa de la cesárea, a pesar de haberse realizado con todos los medios disponibles y por un equipo con probada experiencia.

Consecuentemente, procede la desestimación del motivo de apelación esgrimido por la parte apelante y con ello la desestimación del recurso de apelación formulado.

**SÉPTIMO.**-De conformidad con el artículo 139.2 LJCA , las costas se impondrán a la parte apelante al desestimarse totalmente el recurso de apelación.

**EN NOMBRE DE SM EL REY**

#### FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de apelación formulado por DOÑA Florencia contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Santander de 16 de julio de 2013 y confirmamos esta resolución en cuanto desestima el recurso contencioso administrativo contra la resolución del director Gerente del Servicio Cántabro de Salud de 3 de noviembre de 2011 que desestima la reclamación patrimonial, con expresa condena en costas de la parte apelante.

Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su caso procedan frente a ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## TSJ CASTILLA Y LEÓN

### El hospital no está obligado a entregar copia del consentimiento, dice una sentencia

**ADS.** No es necesario entregar copia del consentimiento informado al paciente si consta su firma en la documento archivado en el hospital, según una sentencia del *Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León*.

La resolución, que analiza además la praxis médica en relación con una implantación de cadera -coxartrosis-, rechaza la alegación del paciente de que tampoco recibió información verbal sobre los riesgos, ya que “no consta ni su necesidad ni que a la actora no le fueran proporcionadas todas las explicaciones que hubiera demandado”.

La paresia del nervio ciático poplíteo externo, las dolencias, la dificultad de deambulación por la cojera postoperatoria, y el alargamiento de una extremidad son daños consignados por la defensa de la demandante.

En el consentimiento que obra en el expediente figura que "toda intervención quirúrgica tiene un riesgo, unos comunes a toda técnica quirúrgica y otros específicos de cada una de ellas. Entre los comunes, por su mayor frecuencia se pueden esperar las siguientes complicaciones (...); C) Lesiones de troncos vasculares o nervioso, con parálisis, anestesia o ambas (...)", por lo que el Tribunal no aprecia que la información fuera defectuosa.

Como es habitual en este tipo de reclamaciones, en el litigio se plantea tanto la vulneración de la *lex artis* médica como la del consentimiento informado. A esta segunda cuestión dedica la sentencia su fundamento jurídico sexto, con cita de sentencias del Tribunal Supremo y la ya clásica del Tribunal Constitucional sobre consentimiento (*TC 37/2011*),

interpretando que la evolución jurisprudencial que indica que la omisión del consentimiento no constituye en sí mismo un daño moral grave distinto y ajeno al corporal derivado de la intervención.

### No hay daño desproporcionado

Rechaza el Tribunal que la paresia del nervio ciático poplíteo externo sea un daño desproporcionado teniendo en cuenta que la marcha del paciente al deambular es normal, sin cojera evidente ni necesidad de bastón, aunque tiene limitada la flexión dorsal del tobillo y del primer dedo del pie derecho.

Considera que no es daño desproporcionado porque las dolencias y estas secuelas son riesgos que se han descrito en el consentimiento, y porque son típicos de la intervención, “inherente a su práctica”, por lo que no cabe calificarlo de inusual o extravagante”.

En la hoja de evolución clínica elaborada a las cinco semanas de la intervención consta un alargamiento mayor o igual a 1 cm. e hipoestesia del pie derecho, así como afectación del nervio peroneal común derecho en grado severo en rama profunda. Con posterioridad se advierte que no tiene cojera ni fémula, y que se mantiene la limitación de la flexión antes citada.

La jurisprudencia publicada en ADS sobre paresia de nervio poplíteo externo es vacilante, pues en unos casos ha condenado la omisión del riesgo de elongación en el consentimiento y en otros no, llegando a afirmar en este último supuesto que la elongación de nervio ciático en implantación de prótesis de cadera es infrecuente e imprevisible.

La mayoría de las sentencias publicadas en nuestro repertorio absuelven por el alto riesgo de la intervención. En otros supuestos, se califica este daño como desproporcionado llegando incluso a indemnizar a pesar de reconocerse que la elongación o la lesión del nervio ciático es un riesgo descrito de la cirugía. En la sentencia publicada en ADS 162/2009, el Tribunal reconoce que la buena praxis

técnica no impide la condena al cirujano por falta de información (*Tribunal Supremo, Recurso 137/2002. Sentencia del 30 de junio de 2009. Ponente: Marín Castán, Francisco*), aunque este criterio no es aplicado últimamente por los Tribunales de Justicia.

### Otras referencias de interés en ADS

ADS nº ADS nº 205/2013. Prótesis de cadera: condena al fabricante por defecto de producto.

ADS nº 205 / Junio 2013. Artroplastia de cadera: absolución por buena praxis y consentimiento correcto.

ADS nº 205 / Junio 2013. Absolución por consentimiento correcto en artroplastia de cadera.

ADS nº 162 / 2009. La buena praxis técnica no impide la condena al cirujano por falta de información (implantación de cadera).

ADS nº 143 / nov. 2007, pág. 894. La autorización firmada en el antequirófano no es consentimiento (lesión nervio ciático).

ADS nº 140 / julio-agosto 2007, pág. 608. Elongación de piernas: el alto riesgo de la intervención exime de culpa (nervio ciático lesionado).

ADS nº 133 / diciembre 2006, pág. 1025. Indemnización por lesión del ciático al aplicar inyección intramuscular.

ADS nº 98 / octubre 2003, pág. 730. La información de riesgos previa al consentimiento es un requisito obligatorio (parálisis ciático poplíteo externo).

ADS nº 82 / abril 2002, pág. 304. El derecho a la información no alcanza a riesgos infrecuentes o imprevisibles (elongación nervio ciático en implantación de prótesis de cadera).

ADS nº 47 / febrero 1999, pág. 99. Condena a cirujano, Insalud, TGSS y Winterthur, por parálisis completa nervio poplíteo externo.

ADS nº 38 / abril 1998, pág. 171. La culpa médica se presume ante daño desproporcionado (alargamiento de piernas, lesión ciático).

ADS nº 26 / marzo 1997, pág. 141. Absolución en lesión de nervio ciático poplíteo, por ser riesgo inherente a intervención de rodilla.

ADS nº 36 / febrero 1998, pág. 13. Absolución por informar del riesgo de paresia irreversible del nervio externo derecho (hernia discal L4-L5).

nº 29 / junio 1997, pág. 349. Un tribunal obliga a indemnizar por un riesgo descrito en cirugía (paresia nervio por artroplastia).

Ref. ADS 24/2015

Roj: STSJ CL 84/2015 - ECLI:ES:TSJCL:2015:84  
Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León  
Sentencia del 19 de enero de 2015

Sala de lo Contencioso, Burgos. Sección: 2  
Nº de Recurso: 215/2013.

Nº de Resolución: 7/2015

Procedimiento: ORDINARIO

Ponente: MARIA DE LA ENCARNACION LUCAS LUCAS  
Resolución distribuida por CENDOJ

## SENTENCIA

En la ciudad de Burgos, a diecinueve de enero de dos mil quince.

En el recurso número 215/2013, interpuesto por DOÑA Concepción, representada por el Procurador Sr. Junco Petrement y defendido por el Letrado Sr. García de Viedma Serrano, contra la Orden de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León de 4 de Julio de 2013 por la que se desestima la reclamación por responsabilidad patrimonial sanitaria presentada por la actora el 14 de junio de 2011; habiendo comparecido, como parte demandada la JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, representada y defendida por el Letrado de sus servicios jurídicos, y ZURICH ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS representada por el Procurador Sr. Prieto Casado y asistida por el Letrado Sr. Asensi Pallares.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**-Por la parte demandante se interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala el día 16 de septiembre de 2013. Admitido a trámite se dio al mismo la publicidad legal y se reclamó el expediente administrativo; recibido se confirió traslado al recurrente para que formalizara la demanda, lo que efectuó en legal forma por medio de escrito de fecha 7 de noviembre de 2013, que en lo sustancial se da por reproducido y en el que terminaba suplicando se dicte Sentencia por la que se estime la demanda y anule la resolución recurrida y, en consecuencia, se condene a la Consejería de Sanidad a indemnizar a la actora en la cantidad de 120.288 euros, así como condenar a Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A a responder directa y solidariamente del pago de dicha indemnización con más el interés previsto en el art. 20 de la Ley de contrato de Seguro desde la fecha de la intervención.

**SEGUNDO** .- Se confirió traslado de la demanda por término legal a la parte demandada, quien contestó a medio de escrito, oponiéndose al recurso y solicitando su desestimación en base a los fundamentos jurídicos que aduce.

**TERCERO.**-Una vez dictado decreto de fijación de cuantía, y recibido el pleito a prueba se practicaron las pertinentes propuestas por las partes. Concluido el periodo probatorio las partes presentaron sus conclusiones elevándolas a definitivas, y, quedó el recurso concluso para sentencia, habiéndose señalado para votación y fallo el día 15 de enero de 2015 lo que se efectuó. Se han observado las prescripciones legales en la tramitación de este recurso.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.**-Constituye el objeto del presente pleito la impugnación por el actor de la Orden de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León de 4 de Julio de 2013 por la que se desestima la reclamación por responsabilidad patrimonial sanitaria presentada por la actora el 14 de junio de 2011.

Funda el recurrente su recurso en lo que estima fue un mal funcionamiento del sistema sanitario público que se manifestó en la defectuosa asistencia prestada en la intervención quirúrgica a que fue sometida el día 9 de febrero de 2011 para la implantación de una prótesis total de cadera derecha, como tratamiento para la coxartrosis derecha que le había sido diagnosticada. Deficiente asistencia que concreta en la escasa y genérica información que recibió respecto de los riesgos que podían derivarse de la intervención, y en la causación durante la misma de la lesión del C.P.E (nervio ciático poplíteo), pues aunque se trata de una complicación propia de la intervención su porcentaje de causación es mínimo por lo que sí, en este caso, se produjo debió de ser por una mala praxis durante la intervención.

Frente a dicha pretensión se oponen las codemandadas sosteniendo la Junta de Castilla y León que no concurren los requisitos precisos para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria ya que la información facilitada a la actora, previamente a la intervención, fue la adecuada a su situación y la propia de la intervención a la que fue sometida y que la lesión del nervio C.P.E. es un riesgo inherente a la misma sin que se haya vulnerado, en la ejecución de la intervención, la *lex artis*, aunque dicha lesión se haya producido. Por su parte la compañía Zurich sostiene que procede la inadmisión de la demanda por existencia de desviación procesal ya que la actora reclama por motivos distintos de los que expuso en su reclamación administrativa en la que únicamente sostenía la existencia de vulneración de la *lex artis* pero no que el consentimiento informado que firmo fuera insuficiente o defectuoso; en cuanto al fondo que procede la desestimación de la demanda al no concurrir los elementos precisos para la apreciación de concurrencia de responsabilidad de la administración y, finalmente se opone a la cantidad reclamada en concepto de indemnización.

**SEGUNDO.- Inadmisión por desviación procesal.**

Debe analizarse, en primer lugar, la solicitud de inadmisión del recurso por desviación procesal, formulada por la compañía de seguros demandada sobre la base de que la recurrente en vía administrativa no realizó alegación impugnatoria alguna sobre la insuficiencia o no del consentimiento informado que firmo previamente a la intervención quirúrgica a la que fue sometida, lo que introduce ahora en la demanda y que la demandada estima es motivo para su inadmisión.

Sin dejar de ser cierto lo alegado por Zurich, no obstante, tal causa de inadmisibilidad no puede prosperar, pues no hemos de olvidar que el *art. 56.1 de la LJCA* permite sin cambiar pretensiones, alegar cuantos motivos se estimen convenientes aunque no hayan sido alegados en vía administrativa, lo que ha llevado al Tribunal Supremo a reconocer en sentencias como la de 20 de Junio del 2012 Recurso: 3421/2010, Ponente: EMILIO FRÍAS PONCE que: *"Procede rechazar la oposición que realiza la representación estatal sobre la imposibilidad de aportar en vía judicial nuevos elementos de prueba no esgrimidos por el obligado tributario con anterioridad en la vía administrativa para avalar los hechos sobre los que se funda la pretensión ejercitada, pues el carácter revisor de la Jurisdicción sólo impide alterar los hechos que individualizan la causa de pedir o modificar las pretensiones.*

*En efecto, el recurso contencioso administrativo, pese a la denominación que utiliza la Ley, no constituye una nueva instancia de lo resuelto en vía administrativa, sino que se trata de un auténtico proceso, autónomo e independiente de la vía administrativa, en el que resultan aplicables los derechos y garantías constitucionales reconocidos, y en donde pueden invocarse nue-*

vos motivos o fundamentos jurídicos no invocados en vía administrativa, con posibilidad de proponer prueba y aportar documentos que no fueron presentados ante la Administración para acreditar la pretensión originariamente deducida, aún cuando se mantenga la necesidad de la previa existencia de un acto expreso o presunto, salvo que se trate de inactividad material o de vía de hecho de la Administración, y no quepa introducir nuevas cuestiones o pretensiones no hechas valer en la vía administrativa.

Así se deduce del propio artículo 56 de la Ley de la Jurisdicción, que tras señalar en su apartado 1 que “en los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración”.

En el presente caso la pretensión de reconocimiento de indemnización por defectuosa asistencia sanitaria se mantiene y lo único que se añade es un motivo más para pretender su reconocimiento y que ahora se desarrolla en vía jurisdiccional, por lo que desde esta perspectiva, ha de decaer la causa de inadmisibilidad invocada.

**TERCERO.**-En el presente supuesto en relación con los hechos ocurridos en la asistencia sanitaria prestada a la recurrente no existe discusión, pudiendo resumirse estos en los siguientes, de acuerdo con el relato contenido en el informe elaborado por la Inspección médica:

1.- La actora ingresó en el servicio de traumatología del Hospital General Yagüe el día 8-2-2011, para ser intervenida de coxartrosis derecha, mediante la implantación de una prótesis total de cadera.

2.- La intervención se llevó a cabo el día 9-2-2011, tras realizar los estudios preoperatorios oportunos, y se procede a la implantación de prótesis total de cadera derecha modelo Biomet;

3.- Durante el ingreso la paciente presentó clínica compatible con lesión del CPE (pie caído derecho). Los días 18 y 19 del mes de febrero se informa de la existencia de una parálisis del C.P.E, y en la nota clínica del día 19, informan textualmente “recuperando sensibilidad tras lesión parcial C.P.E”. La actora fue dada de alta hospitalaria el 21 de febrero de 2011 al ser su evolución clínica y radiológica satisfactoria, debiendo caminar con bastones en la medida de sus posibilidades con apoyo parcial de la extremidad, siendo citada para revisión el día 14-3-2011. Durante su ingreso fue vista por el servicio de rehabilitación.

4.- En la hoja de evolución clínica figura que el día 14-3-2011 acude a consulta y se anota “Intervenida hace cinco semanas de PTC con cuadro de hipoestesia en pie derecho (alargamiento de MID mayor o igual a 1 cm). Pido EMG..”.

El EMG es informado el día 6-4-2011 con el resultado de “La exploración neurofisiológica realizada muestra signos de afectación del nervio peroneal común derecho, con claro predominio en su rama profunda, grado severo a este nivel y en menor medida en su rama superficial...”;

El día 25-4-2011 es vista de nuevo en el servicio de traumatología y, ante el resultado del EMG que confirma la lesión del nervio le es explicada la patología nerviosa y su progreso natural, por lo que se pauta Normast y férula de rancho de los amigos, se realiza Rx en la que se aprecia buena posición PTC, con tornillo de cotilo suelto y se pauta el uso de media elástica, y citar en dos meses.

5.- La paciente previamente a la intervención firmo el consentimiento informado en el que consta que pueden existir lesiones de tronco, vasculares o nerviosas con parálisis o anestesia o ambas;

6.- Como consecuencia de la lesión del nervio C.P.E. presenta hipoestesia de pie derecho, con alargamiento de dicha extremidad mayor o igual a 1 cm. También presenta dolor en la ingle, calambres y cojera por lo que, a la fecha de realización del informe de la inspección médica, debe tomar Normast, portar media ortopédica y férula de rancho de los amigos;

7.- En la actualidad no presenta cojera ni porta férula, ya no presenta el pie caído ni tiene marcha en estepaje. Tiene limitada la flexión dorsal del tobillo y del primer dedo del pie derecho, lo que no le impide una marcha normal (informe pericial realizado por el médico forense en este recurso).

**CUARTO.**-Sostenido en la demanda que la asistencia sanitaria prestada a la recurrente no se ajustó a la lex artis, conviene recordar que la jurisprudencia (por todas la *sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2011*), al interpretar el alcance del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, viene exigiendo, esencialmente, para la declaración de responsabilidad patrimonial de la administración los siguientes requisitos: 1) Que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga la obligación de soportar; 2) Que dicha lesión sea real, efectiva y susceptible de valoración económica; y 3) Que el daño sea imputable a la Administración y se produzca como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en el más amplio sentido de actuación, en una relación causa a efecto entre aquel funcionamiento y la lesión, sin que sea debida a causas de fuerza mayor; y ello cuando se proyecta sobre la responsabilidad de la Administración Sanitaria, exige fijar un parámetro que permita establecer el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño, es decir, hay que diferenciar en qué supuestos el resultado dañoso se puede imputar a la actividad asistencial, y aquellos que derivan de la evolución natural de la enfermedad, y ese parámetro delimitador viene referido a la lex artis, de forma que el elemento de responsabilidad patrimonial desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, pues, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad, 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 este obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente” (*STS de 22-12-2001*). En definitiva, la jurisprudencia une el concepto de infracción de la lex artis con el relativo a la antijuridicidad de daño y considera que si la intervención estaba indicada y se ha realizado con arreglo al estado del saber del momento de que se trate, el resultado dañoso que pueda producirse no es antijurídico (asimismo, *art. 141-1 de la Ley 30/1992*, en la redacción dada por la Ley 4/1999). Como recuerda la *sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1999* “La mecánica de la responsabilidad patrimonial de la Administración no puede objetivarse hasta el extremo de pretender deducirla siempre que se produce un resultado lesivo por el mero hecho de los servicios sanitarios públicos”. Por otra parte, como señala la *STS Sala 3ª, sec. 6ª, de 21-3-2006*, no basta para dar lugar a la responsabilidad patrimonial la apreciación de deficiencias en la atención médica prestada, siendo necesario que el perjuicio invocado y cuya reparación se pretende sea una consecuencia o tenga como factor causal dicha prestación sanitaria.

Además no se debe olvidar que la obligación del profesional de la medicina es una obligación de medios y no de resultados, es decir, la obligación se concreta en la debida asistencia sanitaria y no en garantizar en todo caso la curación del enfermo, al igual que lo exigible no es más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la ciencia y práctica médicas, pues en definitiva la base en materia de responsabilidad sanitaria es una aplicación incorrecta de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente (*sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007*, entre otras muchas).

**QUINTO.**-Con los anteriores planteamientos y doctrina, dos son las cuestiones planteadas, una, relativa a si la asistencia prestada al recurrente se ajustó a la *lex artis* y otra, relativa a la eficacia del consentimiento informado.

Respecto de la primera cuestión, no se discute la necesidad de la intervención del 9 de febrero de 2011 para la colocación de una prótesis total de cadera derecha a la paciente, ni que en el postoperatorio presento clínica de lesión del nervio peroneal derecho, lo que fue confirmado posteriormente, y con ello, los distintos informes a que se refiere la resolución impugnada no contienen datos que indiquen una vulneración de la *lex artis* en la intervención a que fue sometida la paciente, y así el informe del servicio de Traumatología del Hospital Universitario de Burgos, señala, *“...se trata de una complicación, afortunadamente poco frecuente, pero que existe en este tipo de cirugías, por lo que previamente a la intervención se informa al paciente del riesgo, firmando el oportuno consentimiento informado, que esta señora evidentemente firmo con anterioridad a la realización de la cirugía, en dicho consentimiento informado (en el apartado C del párrafo 3º), se informa de que pueden existir lesiones de tronco, vasculares o nerviosas, con parálisis, anestesia o ambas. Evidentemente aunque se informe del riesgo, lo habitual es que esta contingencia no se produzca”*. Por su parte el informe elaborado por la inspección médica en la instrucción del expediente por responsabilidad patrimonial, concluye que *“La lesión del nervio peroneal derecho que presenta la paciente, es una complicación de la cirugía de prótesis total de cadera derecha a la que fue sometida. Esta complicación es poco frecuente, pero existe en este tipo de cirugías, como queda plasmado en el documento de consentimiento informado que previamente firmo la paciente”*. Por su parte el informe pericial elaborado por Dictamed I&S.L., obrante también en el expediente administrativo, concluye *“En la evaluación de la documentación clínica no se ha observado mala praxis. La lesión del CPE esta descrita en la bibliografía como complicación y se recoge en el consentimiento informado firmado por el paciente”*, y sobre estos informes el Consejo Consultivo dictamina que en el presente supuesto no se ha acreditado vulneración de la *lex artis ad hoc*, y que el daño alegado no guarda relación con una mala praxis médica, sino que se trata de un riesgo general derivado de la intervención y encuadrable en los recogidos en el documento del consentimiento informado, es decir, no hay datos en el historial clínico de que el daño, en el concreto caso que nos ocupa, derive de una asistencia sanitaria vulneradora de la *lex artis ad hoc*.

Frente a ello el actor no ha llevado a cabo prueba que desvirtúe lo antes señalado. Como hemos visto, conforme a la jurisprudencia y normativa citada, estamos ante un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida; criterio que es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo

que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción del repetido criterio; prescindir del mismo conllevaría una excesiva objetivización de la responsabilidad que podría declararse con la única exigencia de existir una lesión efectiva, sin necesidad de demostración de la infracción del criterio de normalidad. La alegación del recurrente de que al ser una complicación infrecuente su causación acredita la existencia de mala praxis en la intervención no puede ser compartida pues los riesgos inherentes a la intervención se definen como tales precisamente por producirse aunque no haya vulneración de la *lex artis*.

En el informe de Dictamed se precisa que el déficit ciático, posterior al reemplazo de la cadera, puede ser derivado de un trauma quirúrgico directo; una tracción o presión de retractores; el posicionamiento de la extremidad, el alargamiento de la extremidad, lesión por presión a partir de componentes o lesión térmica por cemento, entre otras causas, lo que le lleva a la parte actora a afirmar que, en el presente caso, siendo indiscutido que se produjo la lesión del nervio, alguna de estas causas (sin concretar) lo provocó, lo que, bajo su criterio, se hubiera evitado si en la intervención se hubieran extremado las precauciones. Esta argumentación de la demandante no merece favorable acogida, su estimación de que un cuidadoso examen del campo y/o una cuidadosa posición de la extremidad durante la intervención habrían podido evitar la causa determinante de la lesión, además de mera hipótesis, no acredita la pretendida mala praxis, pues, como además manifestó el médico forense en sus aclaraciones al informe pericial practicado, el hecho de que durante la intervención ocurra alguna de estas circunstancias no supone mala praxis sino que son sucesos anejos a la intervención que pueden producirse durante la misma aunque se extreme el cuidado. Y todo ello teniendo presente el principio de facilidad probatoria que pesa sobre la Administración, pero en términos de razonabilidad pues el hecho de que se extremaran las precauciones en la intervención carece de datos que lo nieguen, y que las maniobras necesarias para el acto quirúrgico no se realizasen de forma correcta, tampoco resulta probado ni siquiera indiciariamente. No hay ningún dato en la historia clínica ni tampoco se aporta por el recurrente que hagan pensar en la posible existencia de mala praxis en la intervención, en definitiva se carece de datos que nieguen que en este caso se actuó correctamente durante la intervención, y que las maniobras necesarias para el acto quirúrgico no se realizasen de forma correcta, y si es claro que se trata de un riesgo típico de este tipo de intervenciones, lo procedente en este caso concreto, es imputar el daño a ese riesgo y no a meras conjeturas carentes de soporte probatorio.

Por último parece que la actora quiere introducir en su demanda la causación de un daño desproporcionado a la recurrente por el acto médico que fue practicado, argumentando que habiéndose sometido a una intervención quirúrgica de la que esperaba estar recuperada en uno o dos meses, de la práctica de la misma ha derivado una situación de declaración de la actora en situación de incapacidad permanente total.

Aunque, como hemos dicho antes, estamos ante un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios, ello no impide que conforme a la denominada doctrina del daño desproporcionado como conformadora de responsabilidad patrimonial (*SSTS de 20 de junio de 2006*, *ó 6 de febrero y 10 de julio de 2007*) referida a los casos en que el acto médico produce un resultado anormal e inusualmente grave y desproporcionado en relación con los riesgos que comporta la intervención y los padecimientos que se trata de atender, se aprecie la existencia de responsabilidad administrativa. En este sentido las *SSTS, Sala 1ª, de 23*

de octubre de 2008 y 8 de julio de 2009, señalan que el daño desproporcionado, o resultado "clamoroso", es "aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y obliga al médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el "onus probandi" de la relación de causalidad y la presunción de culpa". Ahora bien, la STS 2 de enero de 2012 matiza que en los casos "donde el resultado se presenta como una opción posible no es posible aplicar la doctrina del daño desproporcionado, ya que el resultado insatisfactorio se relaciona con la intervención y tratamiento aplicado". Y la STS de 16 de enero de 2012 señala que "Ya, en el ámbito sanitario, se evidencia constituye una obligación de medios. Y, así a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que una actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Como expresa la Sentencia de esta Sala y Sección de 25 de mayo de 2010, rec. casación 3021/2008, han de ponerse "los medios precisos para la mejor atención".

Pues bien, en el presente supuesto no es aplicable la doctrina del daño desproporcionado y ello por diversas razones, en primer lugar, las dolencias de la actora se derivan de un riesgo descrito como tal en el consentimiento informado de la intervención (como veremos posteriormente), en segundo lugar, se trata de un riesgo típico de la misma, inherente a su práctica, por lo que no cabe calificarlo de inusual, extravagante, y tercer lugar, tampoco cabe calificarlo como extremadamente grave. El resultado de la intervención quirúrgica no ha sido la declaración de la actora en situación de incapacidad permanente total ya que esta situación deriva, como consta en el dictamen propuesto del Equipo de Valoración de Incapacidades, del cuadro clínico padecido por la recurrente en el que no solo figura la coxartrosis (corregida con la intervención) sino también otros padecimientos (obesidad grado II, HTA. Dislipemia y síndrome depresivo) que ya sufría con anterioridad a la intervención quirúrgica y así constan como antecedentes en el informe del alta hospitalaria (folio 2 del expediente). Por lo que no cabe estimar derivada de la intervención quirúrgica esta declaración en situación de incapacidad permanente, debiendo además recordarse que, en la actualidad, la actora, tal y como ha informado la médico forense, sufre una paresia del nervio ciático poplíteo externo pero su marcha es normal sin cojera evidente ni necesidad de bastón, teniendo limitada la flexión dorsal del tobillo y del primer dedo del pie derecho, daño que no se estima desproporcionado en relación con la intervención quirúrgica a la que fue sometida.

**SEXTO.**-Habida cuenta de que en el litigio no sólo se plantea la vulneración de la "lex artis" por mala praxis en la intervención quirúrgica que se practicó al actor, sino también por defectos de información al paciente, hemos de hacer referencia a la doctrina jurisprudencial sobre el derecho de información en el específico ámbito de la asistencia sanitaria, recogido en el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente, que dispone que "el consentimiento informado supone la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga

lugar una actuación que afecta a la salud", así como en el artículo 8.3 de la precitada Ley, que impone que al mismo se incorpore información sobre los posibles riesgos.

Entre muchas otras, la sentencia de Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012, con cita de la de 26 de marzo del mismo año, declaraba lo siguiente:

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

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

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

Y una constante jurisprudencia ( Sentencias de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002, 1 de febrero de 2008, recurso de casación 2033/2003, de 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008, sentencia de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008 ) insiste en que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la "lex artis" y revela una manifestación anormal del servicio sanitario.

... En fecha reciente el Tribunal Constitucional ha declarado (FJ 7º) en su STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011, estimando un recurso de amparo por quebranto de los arts. 15 y 24.1. CE que "no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad".

Nuestra jurisprudencia ( SSTS 29 de junio 2010, rec. casación 4637/2008, 25 de marzo de 2010, rec. casación 3944/2008), sostiene que no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales.

Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entraña una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar una vez iniciada una asistencia hospitalaria con cambio de centro médico y tipo de anestesia.

Debe insistirse en que una cosa es la incerteza o improbabilidad

dad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque sí existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento.

Además hemos desvinculado la falta o insuficiencia de consentimiento informado, de la existencia de mala praxis, pues el defecto o insuficiencia en el consentimiento constituye, en sí mismo, mala praxis. Así lo acabamos de afirmar en nuestra sentencia de fecha 30 de septiembre de 2011, recurso 3536/2007 y las que en ella se citan >>.

Diremos también, refiriéndonos a la *sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo*, ya citada, que en ella se consideró que la ausencia o el defecto del consentimiento informado no sólo constituyen una mala praxis por vulneración de los derechos reconocidos en la **Ley** Básica de Autonomía del Paciente, sino también una lesión de los derechos fundamentales a la integridad física y a la libertad, que no son meros derechos subjetivos que sólo vinculen negativamente a los poderes públicos, sino que éstos también tienen el mandato constitucional de proteger, coadyuvando a que su disfrute sea real y efectivo (entre otros, *auto del Tribunal Constitucional 333/1997*, con cita de sus *sentencias 25/1981*, *53/1985* y *129/1989* y de su *auto 382/1996*).

Hemos de añadir a lo anterior que el **artículo 10 de la Ley 41/2002, de 14 noviembre, Básica Reguladora de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica**, al regular las condiciones de la información y consentimiento por escrito, dispone que la misma comprenda: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; y d) Las contraindicaciones.

Y en relación con la cuestión de una posible información excesiva la *STS de 5 de diciembre de 2012*, señaló que “*Hemos dicho en multitud de ocasiones que la información previa a la actividad médica no puede ser excesiva, ilimitada, ya que de lo contrario puede contrarrestar la finalidad de la misma. Pretender que en la información previa se constaten todos y cada uno de los riesgos y posibilidades existentes supone por exceso-contravenir los principios de la norma, ya que el mismo no se adapta a la claridad, concreción y exigencia de adaptación a los conocimientos de aquellos que lo reciben.*”

Ahora bien, la doctrina jurisprudencial -*sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2011*, y las que en ella se citan- ha evolucionado desde una postura que reputaba el defecto o la omisión del consentimiento informado como constitutivo, en sí mismo, de un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención y por tanto indemnizable independientemente y en todo caso, hacia otra postura que afirma como “*regla o principio que la mera falta o ausencia de aquél no es indemnizable si no concurre el elemento de la relación causal entre el acto médico y el daño constatado (así, entre otras, las sentencias de 26 de marzo de 2002, 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, o las de nuestra Sala Primera, de lo Civil, de 23 de octubre de 2008 y 30 de junio de 2009)*”. En el mismo sentido, la *sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008*, con cita de la *de uno de febrero de 2008*, vino a declarar al efecto que “*el defecto del consentimiento informado se considera un incumplimiento de la “lex artis” y supone una manifestación*

*de funcionamiento anormal del servicio sanitario siempre que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado*”, por lo que la ausencia de ese resultado lesivo impide que pueda apreciarse una infracción de la “lex artis” por falta o deficiencia de consentimiento informado. También en la *sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2007*, por remisión a la de 26 de febrero de 2004, se declaraba que “*aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no es lo menos que tal mala praxis no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de veintiséis de marzo de dos mil dos, que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que el acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad*”, siendo de señalar, por último, que en la ya referida *sentencia de 23 de octubre de 2003, de la Sala Primera del Tribunal Supremo*, se sostuvo que “*la denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; es decir, no genera responsabilidad civil (SS., entre otras, 21 de diciembre de 2006, núm. 1.367, y 14 de mayo de 2008, núm. 407)*”.

Por lo que se refiere al **consentimiento informado** para la intervención a la que fue sometida la actora debemos decir que la firma del mismo obra unido a las actuaciones a los folios 23 a 29 del anexo I del expediente administrativo. Al mismo se le imputa insuficiencia por no haber sido entregada copia, no existir explicación verbal complementaria, y ser un documento de información genérica sobre riesgos comunes a toda intervención quirúrgica sin especificación respecto a la concreta intervención quirúrgica a practicar, abarcando todo tipo de lesiones que pueda tener una persona.

En cuanto al contenido del consentimiento obra en el expediente documento de consentimiento informado firmado por el actor para la intervención quirúrgica en el que se señala que “*Toda intervención quirúrgica tiene un riesgo, unos comunes a toda técnica quirúrgica y otros específicos de cada una de ellas. Entre los comunes, por su mayor frecuencia se pueden esperar las siguientes complicaciones.....C.-Lesiones de troncos vasculares o nervioso, con parálisis, anestesia o ambas...*”, por lo que no se aprecia la existencia de una defectuosa información al paciente sobre la intervención a la que iba a ser sometido, pues tampoco se concretar que otros riesgos debían constar en dicho consentimiento que hubieran hecho variar de opinión al recurrente sobre la intervención a la que iba a ser sometido. También se achaca a dicho consentimiento la falta de indicación de tratamientos alternativos pero lo cierto es que, como se ha dicho la intervención quirúrgica estaba indicada para las dolencias del actor sin que se haya probado que otros tratamientos pudieron ser prescritos como alternativa a la intervención. Por otro lado no es necesaria la entrega de copia y en cuanto a la inexistencia de complementarias explicaciones verbales no consta ni su necesidad ni que a la actora no le fueran proporcionadas todas las explicaciones que hubiera demandado.

Por lo expuesto no procede estimar que haya existido insuficiencia en el consentimiento prestado sin que ello, en contra de lo manifestado por el recurrente, suponga que la existencia de este con expresión de una amplitud y variedad de riesgos descritos, cubra cualquier complicación que pueda surgir exonerando siempre de responsabilidad a la Administración pues el consentimiento informado únicamente abarca la información sobre

los riesgos inherentes a la intervención existiendo una actuación conforme a la *lex artis* pero no los daños derivados con vulneración de la *lex artis* aunque se encuentren descritos en él.

Finalmente en cuanto a una posible deficiente asistencia sanitaria en el tratamiento posterior de la lesión por falta de prescripción de tratamiento rehabilitador, argumento introducido por el recurrente en el escrito de conclusiones, únicamente decir que no está acreditado que la falta de este tratamiento rehabilitador le haya causado daño alguno, pues la médico forense en su informe estima que lo correcto hubiera sido completar el tratamiento prescrito con un tratamiento rehabilitador también lo es que en el mismo se informe se indica que este tratamiento no hubiera mejorado el grado de reinervación del nervio y que, como aclaró en el acto de la vista, no se puede concretar si las secuelas hubieran siendo menores, por lo que únicamente “quizás” hubiera conseguido una recuperación antes, probabilidad o hipótesis insuficiente para concluir en que esta falta de tratamiento rehabilitador haya aumentado el tiempo de curación de la recurrente.

**SÉPTIMO.**-De conformidad con el art. 139 de la Ley 29/98, en su redacción dada por la Ley 37/2011 en vigor a la fecha de interponerse este recurso siendo la demanda desestimada las costas se imponen a la parte actora.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente:

#### FALLO

Desestimar el recurso contencioso administrativo nº 215/2013 interpuesto por DOÑA Concepción, representada por el Procurador Sr. Junco Petrement contra la Orden de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León de 4 de Julio de 2013 por la que se desestima la reclamación por responsabilidad patrimonial sanitaria presentada por la actora el 14 de junio de 2011.

Todo ello con imposición de las costas procesales a la parte actora. Contra esta resolución no cabe interponer recurso ordinario alguno. Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.** - Leída y publicada ha sido la sentencia anterior por la Ilma Magistrada Ponente Sra. M. Encarnación Lucas Lucas, en la sesión pública de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), que firmo en Burgos a diecinueve de enero de dos mil quince, de que yo el Secretario de la Sala Certifico.

## AP PALMA DE MALLORCA

### Reabren la causa penal contra médico y ATS de urgencias por la muerte de un inmigrante irregular

**ADS.** La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca revoca parcialmente el sobreseimiento de la causa penal decretada por el Juzgado y ordena continuar actuaciones para dilucidar si una facultativa de urgencias y un enfermero pudieron cometer presuntamente un delito o falta de homicidio por asistencia sanitaria deficiente imprudente.

El fallecimiento de un inmigrante irregular no beneficiario del sistema público de salud motiva el inicio de la causa contra estos dos empleados públicos, un caso realmente extraño en nuestra jurisprudencia que apunta a la responsabilidad de poderes públicos con los más desfavorecidos, y a la de los profesionales de la salud, que deben extremar su celo profesional involucrándose para que la cadena asistencial sea resolutive, máxime en una situación de riesgo para la salud pública como la que se plantea en este asunto por tuberculosis.

Según el Auto, no se puede exigir a un inmigrante irregular después de una asistencia de urgencias que firme un documento de compromiso de pago por servicios recibidos y remitirle a un médico de cabecera que en realidad no tiene porque no es beneficiario del Sistema Nacional de Salud.

La cuestión nuclear del Auto es la responsabilidad en que pueden incurrir la médico de urgencias, el enfermero y el IB Salud, por error de diagnóstico y no realizar las pruebas necesarias (RX de tórax) para precisar el cuadro clínico de tuberculosis que en realidad padecía el enfermo.

Muestran su oposición el fiscal, las defensas de los profesionales implicados, del IB Salud, y de la aseguradora de este organismo público.

### **Sobreseimiento de la omisión de socorro**

El Auto confirma, por otra parte, el sobreseimiento del delito de omisión del deber de socorro por incumplimiento de deberes profesionales de asistencia sanitaria.

Según la acusación, el paciente -que fallece por tuberculosis-, acude al Hospital de Inca, a donde llega con un parte de derivación de la zona básica de salud de Can Picafort por sospecha de esta enfermedad, ya que se habían detectado varios casos de menores ingresados que tenían vinculación con el finado.

No se realizan las pruebas solicitadas en el parte de derivación (RX tórax) ni una correcta anamnesis, según el Auto, y es dado de alta con el diagnóstico de bronquitis aguda pautando medicación y seguimiento por el médico de cabecera.

La pérdida del parte de derivación es uno de los argumentos exculpativos de la médico y el enfermero, pero la orientación diagnóstica de tuberculosis constaba en el sistema informático, según el Tribunal, aunque cabe la posibilidad de que la doctora no lo hubiera visto, según la defensa del IB Salut.

La decisión se la Audiencia se basa precisamente en que el IB Salut -la inspección médica- admite la posible presencia de un error diagnóstico y de inaplicación de protocolos ante enfermedades infecciosas, y que el paciente ha fallecido por tuberculosis, tal y como figura en el informe de autopsia.

El IB Salut y la inspección médica confirman, asimismo, que el paciente fue al servicio de urgencias dos semanas antes de su fallecimiento portando un volante por sospecha de tuberculosis para valoración y realización de prueba de RX cuya práctica en ese momento hubiera permitido diagnosticar y tratar dicha enfermedad, “o al menos no hay constancia de lo contrario”, dice la Audiencia.

La realización de la prueba RX era obligatoria, por lo que podría apuntar a un error de diagnóstico imprudente, según el Tribunal, teniendo en cuenta

que el paciente se expresaba bien en castellano y pudo informar al enfermero de la tos de larga evolución y fiebre, aunque éste pudo no anotar estos datos y no comunicarlo a la médico.

### **Protocolo por riesgo de salud pública**

El Auto subraya una infracción de la norma de cuidado que podría ser grave o temeraria si se tienen en cuenta protocolos establecidos para preservar la salud pública ante una enfermedad de tipo epidemiológico y de declaración obligatoria, y por existir ya casos declarados en ese mismo hospital que apuntaban a un posible brote de la enfermedad y que precisaban de la localización del caso primario causante del contagio.

Aunque la imprudencia podría calificarse de leve, según el Auto, pues se reconoce que hubo fallos en el sistema de salud y en cadena que evidencian sin duda un posible funcionamiento anormal del servicio sanitario, ya que la unidad básica de salud no comunicó la situación a epidemiología a pesar de las sospechas que tenía de haber localizado el caso primario de tuberculosis.

### **El centro de salud debe avisar al hospital**

Tampoco los responsables del centro de salud, donde fue inicialmente atendido el enfermo, avisaron al hospital para realizar un seguimiento del mismo y evitar que se perdiera conociendo que se trataba de un extranjero irregular que no tenía derecho a la prestación de asistencia sanitaria y que la imposición de pago de servicios sanitarios puede ahuyentar a este tipo de enfermos, “sin olvidar que la sintomatología que presentaba el paciente también podía resultar compatible con una bronquitis aguda”.

“Todo ello exige y precisa de un debate serio, extenso, detallado y profundo con pleno respecto a los principios de publicidad, oralidad, audiencia y contradicción que es propio y característico del acto del plenario ante el Juez de lo Penal, al ser éste el órgano competente para determinar la calificación

de los hechos, bien como delito o falta de muerte por imprudencia”, dice el Auto.

Las defensas de los acusados mantienen que el enfermo esperó 40 días para acudir al hospital para realizar la RX, pero el Auto insiste en que si hubieran aplicado el protocolo el enfermo debía haber sido aislado con mascarilla y practicar la radiografía de tórax atendiendo a que había varios casos de tuberculosis en el mismo hospital.

El enfermo no demandó después asistencia al ser remitido al médico de cabecera, lo que era inviable al no ser beneficiario del sistema de salud, además de exigir el hospital firmar un compromiso de pago de la atención, “lo cual era contrario a la legalidad” según la inspección médica, y sirvió para alejar al enfermo de los servicios sanitarios.

Los imputados niegan los hechos y afirman que la historia clínica no era compartida entre hospital y centro de salud, y que por ello no se apercibieron del dato de la tuberculosis, “pero lo cierto es que teniendo en cuenta la fecha de ocurrencia de los hechos - febrero de 2013 - resulta difícil de creer que la historia no fuera accesible para el personal sanitario del HCl”.

### **Otras referencias de interés en ADS**

*ADS nº 211 / Enero 2014. Foro Sanidad y Derecho / Cómo evitar una querrela infundada (DAVID CUBERO, magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid).*

*ADS nº 200 / Enero 2013, pág. 6. Evolución y futuro de la responsabilidad médica en la jurisdicción penal, por JOSÉ MAZA MARTÍN, magistrado del Tribunal Supremo.*

*ADS nº 198 / Noviembre 2013. Claves de la futura reforma del Código Penal en el ámbito sanitario. IÑIGO BARREDA, director de ADS.*

*ADS nº 192 / Abril 2012. El tratamiento de la imprudencia penal sanitaria, una sentencia didáctica, por SANTIAGO PELAYO PARDOS, jefe de Asesoría Jurídica del Ingesa.*

*La Audiencia de Huelva revoca condena penal a cirujano y a pediatra de guardia.*

*ADS nº 218 / Septiembre 2014. La Audiencia de Huelva revoca condena penal a cirujano y a pediatra de guardia.*

*ADS nº 216 / Junio 2014. Delito de lesiones imprudente grave*

*Ref. ADS 25/2015*

*Roj: AAP IB 5/2015 - ECLI:ES:APIB:2015:5A*

*Audiencia Provincial Palma de Mallorca  
Auto del 23 de marzo de 2015.*

*Sección: 2. Nº de Recurso: 125/2015*

*Nº de Resolución: 151/2015*

*Procedimiento: PENAL - APELACION*

*PROCEDIMIENTO ABREVIADO*

*Ponente: DIEGO JESUS GOMEZ-REINO DELGADO*

*Resolución distribuida por CENDOJ*

### **SENTENCIA**

En Palma de Mallorca, a 23 de marzo de 2015

### **ANTECEDENTES PROCESALES**

ÚNICO.- Por la representación de los denunciados se ha formulado recurso de apelación contra el auto del juzgado de instrucción número 2 de Inca, que acuerda el sobreseimiento de las presentes actuaciones por presunto delito o falta de imprudencia profesional de la que se acusa sumariamente a la doctora y enfermero imputados, recurso del que se ha dado traslado a las demás partes personadas habiéndose opuesto el Ministerio Fiscal, la Abogacía de la Comunidad Autónoma en representación del Ib-Salut, la representación del enfermero y la defensa de la doctora imputada, así como la Cía aseguradora Zurich, verificado lo cual han sido remitidas las actuaciones a esta Sección Segunda de la Audiencia de Palma, que las recibió en fecha 12 de marzo del actual, siendo designado ponente el Magistrado Diego Jesús Gómez Reino Delgado, quien tras la oportuna deliberación y anticipándose a la fecha prevista para la misma y señalada por motivos de organización interna para el próximo día 30 de abril, expresa el parecer de esta Sala.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- Se alza la defensa de la acusación particular contra el auto del juzgado de instrucción que acuerda el sobreseimiento de las presentes actuaciones seguidas por presunto delito de omisión de prestación sanitaria y de homicidio por imprudencia médica.

La parte apelante discrepa parcialmente de la decisión sobresevente - admite que no se ha incurrido en el delito de incumplimiento de obligaciones profesionales - al considerar que existen indicios de posible negligencia profesional en cuanto a la asistencia prestada al paciente fallecido de tuberculosis Luis Manuel .

En concreto estima acreditado que en fecha 5 de abril Luis Manuel acudió al Hospital Comarcal de Inca con un parte de derivación del USB de Can Picafort por sospecha de padecer tuberculosis y con la solicitud de que se le realizase una RX de tórax y se valorase la posibilidad de que fuera un caso primario de tuberculosis. En esas fechas se habían detectado varios casos secundarios de menores ingresados en el citado hospital y con vinculación con el finado Sr. Luis Manuel , sin que se le realiza-

sen las pruebas solicitadas en la hoja de derivación, ni se efectuase una correcta anamnesis. Luis Manuel fue dado de alta con la orientación diagnóstica de bronquitis aguda indicándole la toma de medicación para la sintomatología que presentaba y seguimiento por el médico de cabecera. A juicio de la parte apelante la práctica de la referida prueba diagnóstica hubieran permitido conocer que el fallecido estaba enfermo de tuberculosis y podría haber sido atendido y no hubiera fallecido. A partir de esta base fáctica considera la parte apelante que se ha podido cometer un delito de muerte por imprudencia profesional.

La decisión sobreseiente objeto de impugnación se sustenta sobre la base de considerar acreditado, a partir de las manifestaciones vertidas por la doctora y el enfermero de urgencias imputados, que el hijo de los recurrentes cuando acudió a urgencias del HCI no portaba la hoja de derivación o PÍO y que al realizar la anamnesis el fallecido no relató que hubiera tenido contacto con enfermo de tuberculosis, ni que el médico de Can Picafort le hubiera derivado con la orientación diagnóstica de ser un posible caso primario de tuberculosis, ni que le solicitasen la realización de una radiografía. Ante la falta de aportación de la hoja de derivación y desde el momento en que el paciente no habría informado a la doctora de la orientación diagnóstica del USB de Can Picafort, la juzgadora a quo concluye que no existió imprudencia punible de ninguna clase ya que la sintomatología que presentaba el enfermo podía resultar compatible con una bronquitis aguda y que desde luego no existió falta de asistencia desde el momento en que el enfermo fue atendido y pagado un tratamiento a seguir.

La defensa de la doctora imputada ahonda en las consideraciones de la juzgadora apoyando el archivo de las actuaciones sobre la no aportación por parte del paciente del parte de derivación, e incide en las conclusiones forenses respecto a que el fallecido fue objeto de atención médica en todo momento y que la recibida se ajustó a la sintomatología que presentaba el paciente, que era compatible con padecer una bronquitis aguda, ya que sus síntomas admitían la realización de ese diagnóstico. Insiste también esta defensa en atribuir responsabilidad en el suceso al propio fallecido que tardó 40 días en acudir al hospital de Inca desde que fue derivado para la realización de la RX y en que posteriormente al ser dado de alta en fecha 5 de abril de 2013 para continuar control por el médico de cabecera no acudió nuevamente a urgencias en demanda de asistencia.

El Letrado de la Comunidad Autónoma en su impugnación al recurso pone también el acento en atribuir la responsabilidad en su fallecimiento al propio paciente por haber tardado cuarenta días en acudir al hospital y en que después tampoco hubiera demandado asistencia médica.

La defensa del enfermero se opone al recurso en términos parecidos y explica que si su defendido no hizo anotación ninguna en la hoja de enfermería fue porque el paciente le indicó que el contacto que había tenido había sido con una persona ya sana y que por su aspecto físico no daba la apariencia de estar grave. Insiste además en que el fallecido no portaba el P 10, ya que se lo había dejado en su casa y por eso fue encontrado en su domicilio cuando falleció.

El Ministerio Fiscal de igual modo impugnó el recurso con idénticos argumentos y también la Cía aseguradora.

SEGUNDO.- A los efectos de la resolución del recurso resulta determinante establecer si efectivamente el fallecido Luis Manuel acudió en fecha 5 de abril al Hospital Comarcal de Inca provisto de la hoja de derivación - P 10 -, en la que constaba la orientación diagnóstica que en fecha 28 de febrero había reali-

zado la facultativa que le atendió en el USB de Can Picafort y en la que se indicaba que el paciente podía ser el caso primario de tuberculosis que se estaba intentando localizar a raíz de que fuera detectado y se estaba tratando un caso de tuberculosis en el hospital de Inca. Se trataba de un menor de 20 meses, con el cual y con su familia había estado en contacto el Sr. Luis Manuel, circunstancia ésta que era conocida por el médico de cabecera de estos menores, en plantilla también en el USB de Can Picafort, circunstancia que dicho facultativo había comunicado al coordinador del centro de salud.

Pues bien, tal y como explica en su recurso la parte apelante existen indicios varios, concomitantes y plurales que sumariamente avalarían la posibilidad de que efectivamente el perjudicado Sr. Luis Manuel en fecha 5 de abril de 2013, hubiera comparecido en el servicio de urgencias del hospital comarcal de Inca aportando la hoja de derivación expedida por la facultativa del USB de Can Picafort y en la que constaba como orientación diagnóstica "posible contacto con tbc", pudiendo tratarse del caso primario de dicha enfermedad en la Isla, juicio diagnóstico que conforme a los protocolos establecidos habría requerido el aislamiento aéreo del paciente y la realización de una RX de tórax, según así se solicitaba en el citado volante.

Los indicios serían los siguientes: A) declaración del compañero de piso que le hubo acompañado a urgencias del HCI y que dijo que Luis Manuel llevaba el papel con la derivación para hacer la radiografía. B) El volante fue localizado por la Policía en una de las dependencias de la vivienda del fallecido cuando fue encontrado muerto el 21 de abril en su casa. La conservación de ese documento y el que estuviera a la vista pone de manifiesto la preocupación del fallecido por tenerlo consigo y lo importante que era para él, por lo que es lógico pensar que el día en que acudió a urgencias, dado que se encontraba mal y ante la posibilidad de que no fuera atendido o le pusieran pegos al carecer de la condición de beneficiario o asegurado de la prestación sanitaria, salvo en situaciones de urgencia, lo llevara en su poder con ocasión de esa asistencia. C) La auxiliar administrativa encargada de las admisiones del servicio de urgencias a la hora de registrar en el sistema informático el motivo de la consulta hizo constar "posible contacto tbc P 10". Esta auxiliar declaró que el Sr. Luis Manuel cuando accedió a urgencias llevaba consigo el parte de derivación y estaba segura porque así figuraba registrado en el sistema informático. Fue ella en persona quien realizó ese registro. La testigo indicó que si un paciente llega con un P 10 - parte de derivación -ella mira el diagnóstico y lo transcribe... "Que si el paciente no lleva en su poder el P 10 no lo pone y que nunca ha puesto un P 10 sin tener el documento delante", explicó esta testigo. D) El propio informe elaborado por el Inspector de Servicios Sanitarios con ocasión del fallecimiento del Sr. Luis Manuel, da por hecho que el paciente acudió a la consulta de urgencias llevando el parte de derivación y que la doctora que le exploró no tuvo en cuenta la anotación del sistema informático de la historia clínica en la que constaba como posible motivo de la consulta "posible contacto con tbc". Dicho informe concluye que la doctora ha podido incurrir en un error de diagnóstico, en el que también habría participado, aunque en menor medida, dado que la realización de la anamnesis solo correspondía a ella, el enfermero de triaje por no anotar en la hoja de enfermería el motivo de la consulta y las manifestaciones del perjudicado, que tampoco trasladó a la doctora con ocasión de la exploración. E) El enfermero de triaje e imputado Julián, en su declaración, pese a negar que el paciente portase el P 10 por haberlo dejado olvidado en casa, comentó que le demandó al paciente información del médico de cabecera y que le dijo que había estado en contacto con una persona a trata-

miento con tbc y recordó que el Sr. Luis Manuel se expresaba en castellano sin dificultades. Resulta a todas luces extraño y absolutamente anormal que el paciente hubiera narrado el motivo de la consulta al enfermero de triaje y que en cambio nada hubiera mencionado a la doctora de urgencias y menos aún que omitiera toda referencia a la indicación que le dio la médica del USB solicitando que en el hospital de Inca se le hiciera una RX de tórax, pues en tal caso en lugar de haberse trasladado al hospital de Inca, al que fue derivado por la médica de atención primaria, se hubiera presentado en dicho centro de salud. A este respecto cabe tener en cuenta las quejas vertidas por los médicos de Can Picafort, en concreto la doctora Justa y las que consta en el informe de la inspección, referidas al defectuoso y deficiente funcionamiento del servicio de urgencias del hospital de Inca y concretamente a las reiteradas negativas y reticencias de sus compañeros a la hora de realizar determinadas pruebas diagnósticas solicitadas por el USB de Can Picafort, e incluso por hacer otras distintas a las demandadas. Por consiguiente, el motivo de no realizar la RX de tórax pudo deberse perfectamente a que la doctora no la considerase necesaria a la vista de la sintomatología y estado físico que observó del paciente compartiendo el criterio del enfermero de triaje, pero no a que el paciente no llevase consigo la hoja de derivación, pues de facto la orientación diagnóstica del P 10 había sido anotada por admisión en el sistema informático y a dicha anotación tenía acceso la doctora de urgencias que exploró a Luis Manuel, si bien, por lo que parece, no la tomó en consideración, o ni siquiera se entretuvo en leerla despreciándola. F) Finalmente, resulta reseñable y altamente significativo que el propio Ib-Salut en su escrito de impugnación al recurso admita, siquiera a efectos dialécticos y por tanto como hipótesis posible o probable, que el paciente hubiera entregado el parte de derivación a la doctora imputada y al mismo tiempo que el informe de derivación constase anotado en el sistema informático y la doctora no lo hubiera visto en la pantalla del ordenador, aunque atribuyó la causa del fallecimiento a la dejación y demora del fallecido a la hora de acudir al hospital y luego de ser dado de alta a no solicitar nueva asistencia sanitaria por su médico de cabecera.

Partiendo de cuanto se acaba de exponer, desde el momento en que parece razonablemente factible, hasta el punto de que el propio Ib-Salut implícitamente lo admite e incluso los servicios de inspección médicos dependientes de la administración autonómica también (que como hemos indicado detectaron la presencia de un posible error de diagnóstico y de inaplicación de protocolos establecidos ante enfermedades infecciosas), que el paciente fallecido a causa de una tuberculosis, tal y como así consta en el informe de la autopsia, se hubo presentado 16 días antes de su fallecimiento en el servicio de urgencias del Hospital Comarcal de Inca, por derivación del USB de Can Picafort, portando un volante por sospecha de tratarse de un posible caso primario de tuberculosis con el objeto de valoración y realización de una prueba de RX, cuya práctica en ese momento hubiera permitido diagnosticar y tratar dicha enfermedad, o al menos no hay constancia de lo contrario, habiendo ignorado la doctora de urgencias que lo exploró dicha orientación diagnóstica, que necesariamente debería de haber visto al figurar anotada en la historia clínica informática y omitido, a partir de esa indicación, realizar una adecuada y completa anamnesis del enfermo a fin de conocer que había sido derivado precisamente por la sospecha de tratarse de un caso primario de tuberculosis y de la persona que presumiblemente había contagiado a unos menores que estaban ingresados en ese mismo hospital, información ésta que el propio paciente había ya facilitado momentos antes al enfermero de triaje, cuando de acuerdo con los protocolos establecidos (y la propia facultativo así lo admite) venía obligada a

realizar la citada prueba y al inmediato aislamiento aéreo del enfermo para evitar posibles contagios, no cabe descartar que por parte de dicha doctora y también del enfermero de triaje, aunque en menor medida, puesto que la anamnesis era cometido de la primera, el cual dejó de anotar en la hoja de enfermería la información suministrada por el paciente al respecto de las sospechas de contagio de tuberculosis al despreciar esa información y que tampoco trasladó a la doctora de urgencias, por considerar que no era compatible con su estado físico externo, a pesar de que el enfermo se quejaba de tos de larga evolución y de fiebre, hubieran incurrido en imprudencia profesional por error de diagnóstico, el cual, atendida a la entidad de la omisión padecida, habida cuenta de que el enfermo portaba una previa indicación diagnóstica y la infracción de la norma de cuidado por existir protocolos establecidos para preservar la salud pública ante una enfermedad de tipo epidemiológico y de declaración obligatoria y por existir ya casos declarados en ese mismo hospital público que apuntaban a un posible brote de la enfermedad y que precisaban de la localización del caso primario causante del contagio, podría ser calificada como grave o temeraria.

Y aunque finalmente la gravedad de la imprudencia se reputase leve, en atención a circunstancias concurrentes que pudieran degradar la entidad de la culpa del personal sanitario imputado, pues no hay duda que se produjeron fallos en el Sistema Sanitario en su conjunto y en cadena evidenciadores de un posible funcionamiento anormal del servicio sanitario, ya que el USB no comunicó la situación a epidemiología a pesar de las sospechas que tenía de haber localizado el caso primario de tuberculosis, ni tampoco sus responsables a través del coordinador se pusieron en contacto con el hospital de Inca para realizar un seguimiento del paciente para evitar que se perdiera, pues de facto hubo que llamarle para recoger los resultados del mantoux, conociendo que el enfermo era un extranjero irregular que no tenía derecho a la prestación sanitaria como beneficiario del sistema de salud a partir de la aplicación del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril de Medidas Urgentes para Garantizar la Sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, por mucho que tuviera derecho a la asistencia de urgencias, ya que la política sanitaria seguida en estos casos (al menos en el hospital de Inca) al exigir a los pacientes la suscripción de un compromiso de pago por imposición de la Gerencia y negarles la asistencia por médico de cabecera podía ahuyentar a estos enfermos, sin olvidar que la sintomatología que presentaba el paciente también podía resultar compatible con una bronquitis aguda, todo ello exige y precisa de un debate serio, extenso, detallado y profundo con pleno respecto a los principios de publicidad, oralidad, audiencia y contradicción que es propio y característico del acto del plenario ante el Juez de lo Penal, al ser éste el órgano competente para determinar la calificación de los hechos, bien como delito o falta de muerte por imprudencia.

En cualquier caso y para una mejor calificación de los hechos y de la entidad y del grado de la imprudencia punible que se presume sumariamente cometida, parece conveniente indagar si en la fecha de los hechos la historia clínica del enfermo, tanto la existente en el USB de Can Picafort como la del Hospital Comarcal de Inca era compartida o no. Los imputados lo negaron, pero lo cierto es que teniendo en cuenta la fecha de ocurrencia de los hechos - febrero de 2013 - resulta difícil de creer que la historia no fuera accesible para el personal sanitario del HCl ( arts. 16 de la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y arts. 11 y 13 del Decreto 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica). En ese caso constituiría una disfunción más del Sistema

Autonómico de Salud, sobre todo teniendo en cuenta que se habría producido en una misma Comunidad Autónoma y que afectaba a un hospital Comarcal de referencia.

Las defensas de los imputados pretenden descargar la responsabilidad del fallecimiento sobre el propio paciente. Ciertamente es que acudió tardíamente (esperó 40 días) al hospital de Inca para que se le realizase una RX, pero ello no interfirió en el curso causal ya que en ese momento era posible diagnosticar la enfermedad y proceder a su tratamiento. Antes al contrario, el mantenimiento de los síntomas que presentaba el enfermo a pesar del tiempo transcurrido y su demanda de asistencia ante su reticencia a desaparecer y la posibilidad de que pudiera tratarse de un caso primario de tuberculosis, tal y como se reflejaba en el P 10 y en la historia informática, debería haber llevado a la facultativa de urgencias, y también al enfermero de triaje, a extremar las cautelas y precauciones, por su puesto no solo examinando la historia clínica a la que tenían acceso, sino a la hora de explorar al enfermo y de cumplir los protocolos existentes (aplicables según el parecer de la médico forense para el caso de que se admitiera que la facultativa de urgencias conociera el motivo de la consulta y la orientación diagnóstica antecedente, lo que como hemos dicho aparece muy probable que así fuera, tal que así la propia Inspección médica lo reconoció y apreció la existencia de un posible error de diagnóstico) que obligaban a aislar al enfermo con mascarilla y practicarle una RX de tórax, sobre todo atendido que ya existían entonces varios casos declarados de tuberculosis en tratamiento en ese mismo hospital, que era el hospital de referencia de la comarca y no un simple centro de salud.

Es verdad que tras ser dado de alta injustificadamente el enfermo no demandó ulterior asistencia médica falleciendo trágicamente en su domicilio cuando estaba solo ya que su compañero de piso se había marchado a Madrid a realizar unas gestiones, empero ello es comprensible si se tiene en cuenta que en el Hospital Comarcal de Inca le indicaron que tenía que seguir control por su médico de atención primaria, y acatar esa indicación para el enfermo resultaba inviable toda vez que no era beneficiario del servicio de salud, además de que el hecho de que se le hubiera exigido firmar en el hospital de Inca un compromiso de pago de la atención recibida, lo cual era contrario a la legalidad, según así lo concluyó la propia Inspección médica, seguramente sirvió para ahuyentar y alejar al enfermo en demanda de asistencia sanitaria.

Con todo y aunque pudiera aceptarse que hubo una cierta dejación por parte del enfermo - cosa muy discutible - ya que a partir del día 5 de abril pudo haber acudido al USB de Can Picafort en donde ya antes fue atendido, ese proceder habría venido propiciado por el erróneo diagnóstico de bronquitis aguda realizado en el hospital de Inca. Difícilmente, pues, cabe aceptar que por tal motivo se pudo producir una ruptura del nexo causal entre el presumible error de diagnóstico y el fallecimiento del paciente por causa de no requerir posterior asistencia médica al alta de 5 de abril, porque aquél se produjo en el ámbito del riesgo creado por la acción presuntamente impru-

dente de los imputados y que a su vez vino favorecida por otros fallos que hubo en el Sistema de salud.

Como mucho la participación del paciente en su propio fallecimiento, si es que de alguna manera hay quien piense que pudo haberla, en la medida en que en que tenía que saber que en el USB de Can Picafort podría haber sido atendido, como lo fue en otras ocasiones pese a que no era beneficiario del sistema de salud por tratarse de un inmigrante sin derecho a la prestación sanitaria, salvo en casos de urgencia, no parece que hubiera interferido el curso causal. Ello es así desde el momento en que el finado tenía y debía de confiar en el certero diagnóstico que se le habían realizado en HCI, sobre todo teniendo en cuenta que el mantoux había sido negativo. Y, si finalmente llegase a aceptarse esa concurrencia solamente debería ser tenida en consideración y valorada a los solos efectos de cuantificar la indemnización a establecer a favor de los perjudicados, pero no para negar la existencia de la relación causal entre el error de diagnóstico indiciariamente observado y su fallecimiento.

Las consideraciones expuestas, en tanto en cuanto ciertamente no hubo omisión de asistencia sanitaria, pero sí que esta fue defectuosa y deficiente, e interinamente calificable de grave, nos han de conducir a la estimación del recurso estudiado y a la revocación parcial del auto recurrido.

TERCERO.- Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

#### PARTE DISPOSITIVA:

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de los denunciantes contra el auto de fecha 18 de diciembre de 2014 dictado por el Juzgado de instrucción número 2 de Inca, recaído en la causa DPA 1021/13, el cual ha de ser REVOCADO en parte, en el sentido de acordar la continuación de las actuaciones por si los hechos investigados pudieran ser constitutivos de un delito (o falta) de homicidio por imprudencia sanitaria previsto y penado, respectivamente, en los artículos 142.1 y 3, y 621.2 del CP, presuntamente cometido por la facultativa y el enfermero de urgencias imputados, manteniendo el sobreseimiento dispuesto respecto del delito de omisión del deber de socorro en su modalidad de incumplimiento de deberes profesionales de asistencia sanitaria, debiendo proceder el juzgado instructor a la apertura de la fase intermedia previa al juicio oral concediendo a las partes acusadoras plazo para la formulación de su escrito de calificaciones o en su caso para solicitar diligencias de prueba complementarias.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada. Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal, parte recurrente y demás partes personadas. Contra la presente resolución no cabe recurso alguno. Así, por éste nuestro auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. .

## INDEMNIZACIÓN DEL CESE

### El gerente de Sacyl no tiene competencias para aplicar la jubilación forzosa

**ADS.** El *Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León* (TSJCyL) declara que la competencia para acordar la jubilación de personal estatutario corresponde al consejero de sanidad, y no a los gerentes del Servicio de Salud de Castilla y León (Sacyl).

Consecuencia de esta sentencia es la anulación de todos los acuerdos practicados por el Servicio de Salud que determinaron la jubilación forzosa (el que da por finalizada la prórroga y el que ordena el cese en el puesto de trabajo por jubilación forzosa) del trabajador.

Se ordena el reingreso en el puesto que ocupaba y el abono de retribuciones dejados de percibir una vez compensadas las prestaciones percibidas de Seguridad Social y demás percepciones incompatibles, más el interés legal.

Condena además a ingresar las cotizaciones sociales a satisfacer por la Administración como si hubiera estado en servicio activo, y se imponen las costas a la Junta de Castilla y León.

#### Competencia del consejero

Según el Tribunal, las competencias de los cargos directivos deben venir fijadas en la ley de creación de los organismos autónomos y no tienen carácter extensivo. Las que no estén asumidas por el Servicio de Salud corresponden a la Administración de la Comunidad Autónoma en la que se integra, según la resolución judicial.

Su fundamento destaca que la resolución de jubilación es una auténtica norma jurídica, un acuerdo de extinción de la relación funcional que debe

dictar el consejero de Sanidad en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

En este sentido, la extinción de servicios esta protegida por el principio de legalidad y por el de especialidad en cuanto a la atribución de competencias y funciones.

#### Requisito de motivación

Especial interés tiene el criterio de la sentencia de exigir motivación tanto para otorgar la prolongación de servicio como para denegarla, tal y como expone el Fundamento Jurídico 9º de la sentencia que reproducimos a continuación de esta información.

La motivación es un requisito básico de la *Ley 30/1992* de régimen jurídico y del Procedimiento Administrativo Común destacado por el *Tribunal Supremo* en varias sentencias sobre la prórroga de jubilación que impone a la Administración la carga de motivar su decisión.

Por otra parte, la previsión de dejar sin efecto todas las prolongaciones concedidas en los tres meses posteriores a la entrada en vigor de la norma no implica una jubilación automática y general, sino que está condicionada a la exigencia de motivación individualizada.

#### Si jubilas contratas

La necesidad de motivación “tiene una gran relevancia”, debe figurar en la resolución individual de concesión o denegación de la prórroga, dice el Tribunal, que subraya, de otro lado, que la renovación de plantillas es la *quintaesencia* de la aprobación del Plan de ordenación de recursos humanos (PORRHH) de un Servicio de Salud que está directamente relacionada con la motivación individual.

La motivación debe estar además en conexión con supuestos de jubilación que se desglosen en el Plan teniendo en cuenta como circunstancia muy relevante la renovación de plantillas, lo que debe constar en la motivación individual de denegación

expresando que existe personal sustituto que llevará a cabo las funciones que el jubilado deja de hacer.

“En otro caso -dice el Tribunal-, es obvio que se podría estar produciendo una desviación de los propios objetivos marcados en el Plan que se aplica, dando lugar a la introducción de causas falsas de denegación de la prolongación, y sustrayendo la concurrencia de la misma a la fiscalización jurisdiccional”

### La prórroga concedida, derecho adquirido

Los funcionarios a quienes ya se había conferido el derecho a la prolongación en el servicio cuentan con un ‘auténtico derecho adquirido?’ (FJ 8º), según el Juzgador, que sigue el criterio aplicado en la sentencia *TS de 24 de octubre de 2014* al analizar un caso idéntico en el ámbito del PORRHH de Castilla-La Mancha.

El Supremo había renonocido en esta sentencia que en principio no puede negarse que la situación del funcionario a quien se le concede antes del Plan la prórroga en el servicio activo constituya un auténtico derecho adquirido, protegido por la **veda de retroactividad** establecida en el *art. 9.3 CE*.

“Cosa diferente serían las condiciones de la prórroga concedida, si lo fué sin limitaciones y por todo el periodo hasta cumplir los 70 años, o por periodos predeterminados inferiores; pero nada de esto se plantea en el motivo”, dice el Tribunal.

El alto tribunal puntualiza que ese derecho adquirido no es una ‘mera expectativa’ -como interpreta otra sentencia del *TSJ de Castilla y León de 9 de diciembre de 2014-*, sino que deriva de la misma resolución que acuerda la prolongación y por lo tanto la privación no es la de una simples posibilidad, sino la de un derecho ya constituido y adquirido.

El criterio del Supremo “es concluyente”, y aunque se considerara que este derecho no es perfecto, lo cierto es que está condicionado a lo que se establezca sobre su contenido en un PORRHH y a la

motivación individual (cita la sentencia *TS de 10 de julio de 2014*), ya que estamos hablando de una restricción de derechos que según el *artículo 54* de la *Ley 30/1992* obliga a informar al interesado de las circunstancias que motivan la prórroga inicialmente concedida.

### Audiencia al interesado previa

También es muy relevante la referencia del Tribunal autonómico al trámite de audiencia al interesado con carácter previo a la decisión de jubilación, que tiene como finalidad “permitir hacer valer frente a la Administración las alegaciones y pruebas que puedan ser útiles para sus derechos sin necesidad de afrontar los gastos y gravámenes de un proceso jurisdiccional”.

El carácter esencial de trámite de audiencia se refleja en la doctrina del Tribunal Supremo reflejada en la *sentencia del 15 de marzo de 2012* como una obligación de la Administración, que no queda dispensada por la posibilidad de acudir a un proceso jurisdiccional.

La omisión del trámite de audiencia se puede hacer valer como argumento invalidante del acto administrativo: “En el presente caso -dice el TSJCyL- la resolución administrativa originaria se dictó de plano sin trámite previo alguno, y consiguientemente sin audiencia del interesado, y la adoptada definitivamente al resolver el recurso de reposición se emitió sin consideración alguna a la situación individual del recurrente, por lo que no puede entenderse que se haya dado respuesta a las pretensiones esgrimidas en la vía administrativa”.

### Carácter indemnizatorio de la condena

La sentencia *TSJCyL de 19 de diciembre de 2014* sirve al Juzgador para sostener que una vez que se anula el acto recurrido desaparecen todos los efectos jurídicos que dimanen del mismo, por lo que procede acordar la incorporación del afectado en situación de prolongación de la edad de jubilación. La condena pecuniaria se establece en concepto de

indemnización por perjuicios ocasionados por la actuación administrativa -*artículo 106.2 de la Constitución*- que no es ajustada a Derecho y engloba tanto las retribuciones dejadas de percibir -más el interés legal debido al carácter resarcitorio- como las cotizaciones sociales que debía haber satisfecho la Administración, con objeto de compensar la pérdida patrimonial. Las costas se imponen a la parte que ve rechazada todas sus pretensiones, es decir, la Administración.

### Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 220 / Noviembre 2014. *Confirmada la anulación del plan de ordenación de la jubilación en el Sescam.*  
 ADS nº 220 / Noviembre 2014. *El Supremo reitera que el ICS no puede aplicar la jubilación forzosa si hay prórroga tácita.*  
 ADS nº 220 / Noviembre 2014. *El Supremo reitera que el ICS no puede aplicar la jubilación forzosa si hay prórroga tácita.*  
 ADS nº 213 / Marzo 2014. *El ICS no puede aplicar la jubilación si el médico tiene una prórroga tácita.*  
 ADS nº 213 / Marzo 2014. *Incidente de nulidad en el TS por sentencias contrarias sobre jubilación forzosa.*  
 ADS nº 208 / Octubre 2013. *Supremo / La prórroga de jubilación puede ampararse en un Plan de RRHH en trámite.*  
 ADS nº 204 / Mayo 2013. *La prórroga de la jubilación no es un derecho del médico, sino una facultad de la Administración.*  
 ADS nº 203 / Abril 2013. *El Supremo devuelve actuaciones sobre jubilación forzosa al tribunal autonómico.*  
 ADS nº 203 / Abril 2013. *El Supremo indemniza jubilaciones forzosas en el ICS por falta de motivación.*  
 ADS nº 201 / febrero 2013. *El Supremo respalda la legalidad del plan de jubilación forzosa del 2008 en el ICS.*  
 ADS nº 192 / Abril 2012. *Supremo: "El Estatuto Marco no enuncia, a priori, el derecho a prolongar la jubilación"*  
 ADS nº 187 / noviembre 2011, pág. 816. *La precisión del plan de RRHH avala la jubilación forzosa en Cantabria.*  
 ADS nº 185 / septiembre 2011, pág. 635. *Anulación de la jubilación forzosa ICS 2008: la historia se repite.*  
 ADS nº 182 / mayo 2011. *ICS / Primer fallo TS que reintegra salarios desde la jubilación forzosa hasta los 70 años (ICS).*  
 ADS nº 181 / abril 2011, pág. 267. *TS / Grave varapalo económico al ICS por la anulación de la jubilación forzosa.*  
 ADS nº 171 / mayo 2010. *El Supremo confirma el derecho a prolongar la jubilación hasta cumplir los 35 años cotizados.*  
 ADS nº 170 / abril 2010, pág. 288. *Primera sentencia del Supremo contra la jubilación forzosa del ICS. TS, 10.03.2010.*  
 ADS nº 146 / febrero 2008, *Jubilación: prolongarla hasta los 70 años, derecho subjetivo del médico (ICS). TSJ Cataluña, 30.01.2008..*

Ref. ADS 26/2015

Roj: STSJ CL 326/2015 - ECLI:ES:TSJCL:2015:326  
 Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.  
 Sentencia del 8 de enero de 2015.  
 Sala de lo Contencioso. Sede: Valladolid

Sección: 1. Nº de Recurso: 500/2013

Nº de Resolución: 10/2015

Procedimiento: ORDINARIO

Ponente: FRANCISCO JAVIER ZATARAIN VALDEMORO  
 Resolución distribuida por CENDOJ

### SENTENCIA

En Valladolid, a ocho de enero de dos mil quince. Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, el presente recurso en el que se impugna:

-La Resolución de 5 de marzo de 2013 del **Gerente** de Atención Especializada del Complejo Asistencial de Palencia del SACYL, por la que se acuerda dar por finalizada la prolongación de permanencia en el servicio activo el 31 de marzo de 2013 y acordar su **jubilación** con efectos de 1 de abril de 2013.

-Contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto con la anterior resolución.

-La resolución del Director **Gerente** de Atención Especializada del Complejo Asistencial de Palencia, por delegación del **Gerente** Regional de Salud de 31 de marzo de 2013, por la que se formaliza el cese por **jubilación forzosa** en el puesto de trabajo del recurrente el 31 de marzo de 2013.

-El acuerdo de **jubilación** de la misma fecha y órgano que el anterior por el que se acuerda la **jubilación forzosa** del recurrente con fecha 31 de marzo de 2013.

-Por impugnación indirecta de la Orden SAN/1119/2012 de 27 de diciembre, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo y prórroga del servicio activo y su Anexo.

Son partes en dicho recurso:

Como recurrente: DON Lorenzo, representado por el Procurador Sr. Rodríguez Álvarez y defendido por el Letrado Sr. Codón Herrera.

Como demandada: la JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN (**GERENTE COMPLEJO ASISTENCIAL DE PALENCIA**), representada y defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. FRANCISCO JAVIER ZATARAIN VALDEMORO**.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**-Interpuesto y admitido el presente recurso, y 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 el dictado de una sentencia por la que "estimando íntegramente la demanda y el recurso, se declare haber lugar a los mismos, anulando las resoluciones impugnadas por no ser conformes a derecho,

reconociendo el derecho del recurrente como situación jurídica individualizada, a su permanencia en el servicio activo y su continuación en éste, en las mismas condiciones que le venía prestando, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a abonarle las retribuciones dejadas de percibir en su puesto de trabajo, desde la fecha de su cese acaecido el 1 de abril de 2013. e imponiendo expresamente las costas a la parte demandada”.

Por OTROSÍ, se interesa el recibimiento a prueba del recurso.

**SEGUNDO.**-En el escrito de contestación, con base en los hechos y fundamentos de derecho expresados en el mismo, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto.

**TERCERO.**-Mediante Auto de fecha 15 de enero de 2014 la Sala acordó denegar el recibimiento a prueba del presente recurso.

**CUARTO.**-Presentados escritos de conclusiones, se señaló para votación y fallo del presente recurso el día ocho de enero del año en curso.

**QUINTO.**-Por providencia de 5 de diciembre de 2014 se confirió a las partes el trámite de alegaciones previsto en el artículo 33.2 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, al objeto de que se manifestaran sobre la competencia objetiva de los órganos que han adoptado los acuerdos recurridos, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 2/2007, en concordancia con los Decretos 287/2001 y 40/2011, todos ellos dictados por la Comunidad Autónoma de Castilla y León. En el plazo conferido cumplimentado dicho trámite las partes efectuaron las alegaciones que obran en autos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**-Como se ha expresado en el encabezamiento, se impugna en el presente recurso jurisdiccional la resolución del Director **Gerente** de la Gerencia Regional, desestimatoria del recurso de recurso de reposición interpuesto por el funcionario aquí demandante contra la resolución adoptada -se entiende que por delegación del mismo-, en la que se deja sin efecto la prolongación del servicio activo que previamente tenía autorizada, lo que supone, en definitiva, que se acordaba su **jubilación forzosa**.

Los motivos de impugnación del recurso contencioso-administrativo que son esgrimidos por la parte actora, en cuanto tienen relevancia para la resolución del presente procedimiento, que se refieren sobretodo a la infracción del principio de audiencia del interesado y a la falta de motivación de los actos impugnados causantes de indefensión, serán analizados in extenso en los siguientes fundamentos jurídicos de esta sentencia.

No obstante ya advertimos que la misma problemática y desde el punto de vista de argumentos más amplios ha sido analizada en varias sentencias de la misma data o de otras muy recientes, como son las de 19 de diciembre de 2014 pronunciadas en los recursos 809/2013 y 1021/2013; procediendo por lo tanto ahora, en aplicación del principio de unidad de doctrina, como manifestación, a su vez, de los de igualdad y seguridad jurídica, reproducir cuanto resulte atinente de sus fundamentos jurídicos para nuestro supuesto.

**SEGUNDO.**-Al igual que se expresaba en la segunda de las

sentencias que acaba de señalarse, hemos de comenzar por referirnos a que la Sala ya se ha pronunciado sobre la impugnación de la Orden SAN/1119/2012, de 27 de diciembre, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo y prórroga del servicio activo, Orden de la que traen causa los acuerdos recurridos, debiendo estarse sobre el particular a los razonamientos que al respecto se efectuaban en la Sentencia de la Sala de veintiuno de octubre de dos mil catorce -recurso 193/2013 -.

Además de ello, a tenor de su naturaleza jurídica, en cuanto que su contenido sea propiamente un Plan de Ordenación de Recursos -sin perjuicio de que en parte del mismo sea el de una disposición general en cuanto comprende elementos normativos que trascienden al Plan- no nos encontraríamos propiamente ante una norma de carácter reglamentario (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014 y las que en ella se cita que reputa que no tiene el carácter de disposición general), por lo que no sería susceptible, consiguientemente, de ser impugnada indirectamente, lo que tampoco se efectúa en esta “litis”. Todo ello sin prejuzgar la decisión definitiva que pueda recaer sobre dicho Plan, que carece del carácter de firme, al estar impugnado en casación ante el Tribunal Supremo.

**TERCERO.**-Efectuadas las consideraciones precedentes se ha de comenzar con carácter previo, y siguiendo lo expresado en los fundamentos tercero a séptimo de la sentencia mencionada de 19 de diciembre de 2014 pronunciada en el recurso 809/2013, por el análisis de la competencia del órgano que emitió el acuerdo definitivo recurrido, que es el Director **Gerente** de la Gerencia Regional de Salud, al resolver el recurso de reposición. También se ha de reputar que este órgano es el autor de los actos originarios, al haber sido adoptados por el **Gerente** de Área actuando por delegación de aquél. Todos estos aspectos fueron puestos de relieve a las partes en la providencia para alegaciones que se les confirió conforme al artículo 33 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción.

Para determinar la competencia de este órgano se ha de partir de la naturaleza del ente en que se integra, que es la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, que tiene el carácter de organismo autónomo, constituido por la Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León, “adscrito a la Consejería de Sanidad y Bienestar Social, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines” (artículo 1 Decreto 287/2001, de 13 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León).

De conformidad con ello, como es característico de todos los organismos de esta naturaleza, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico que nos ocupa, según deriva del régimen establecido en la Ley 3/2001 del Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y de la Ley de creación del mismo (Ley 1/1993, de Ordenación del Sistema Sanitario), se integra el mismo en el ámbito de la Administración institucional, de forma tal que su régimen jurídico básico se encuentra establecido en la Ley, que determina “sus fines y competencias”. En este sentido es determinante lo establecido en el artículo 87 de aquella Ley 3/2001, cuyo tenor literal es el siguiente:

*“La Ley de creación de cada organismo autónomo determinará su denominación, sus fines y competencias, su adscripción a la Consejería respectiva, sus órganos rectores, los bienes y medios económicos que se les asignen para el cumplimiento de*

*sus fines, así como aquellos aspectos que puedan ser modificados reglamentariamente y, en su caso, las causas de extinción, el procedimiento para llevarla a cabo y los efectos de la misma.”*

Dos son las consecuencias básicas que se extraen de este precepto, cuales son: el principio de legalidad -“la Ley de creación determinará aquéllos aspectos que puedan ser modificados reglamentariamente”-, de forma que los elementos nucleares de su régimen jurídico han de estar establecidos en la Ley de creación; y la especificidad de fin, de manera que no pueden interpretarse extensivamente las competencias del propio ente, ni de los órganos a través de los cuales se ejercen las mismas.

Todo ello deriva de la relación de instrumentalidad del ente institucional respecto de la Administración matriz que lo crea, y en gran medida lo tutela, lo que supone que el organismo público, es un instrumento o si se quiere un medio para el cumplimiento de los fines propios de la Consejería de que depende.

Estos principios se expresan en el Decreto 281/2001, por el que se aprueba el Reglamento de la Gerencia Regional de Salud, que en su artículo cuatro, apartado 2, establece lo siguiente: *“En la ejecución de sus funciones, la Gerencia Regional de Salud está supeditada al ejercicio de las competencias atribuidas por los arts 55 y 56 de la Ley 1/1993, de Ordenación del Sistema Sanitario, a la Junta de Castilla y León y a la Consejería de Sanidad y Bienestar Social”.*

De esta manera, solo podrán ejercerse por los órganos que integran la entidad las competencias que específicamente son establecidas como propias, sin que quepa hacer extensivas las mismas, competencias éstas que en sus elementos fundamentales han de estar determinadas por la Ley, sin perjuicio de la colaboración reglamentaria que se pueda establecer concretando la delimitación establecida en aquélla. No puede hacerse así, se ha comenzado por establecerse ya, una invocación de las normas generales definitorias de las competencias de los órganos de la Administración General de la Comunidad Autónoma -como se hace en las alegaciones realizadas en el trámite conferido conforme al artículo 33.2 LJCA por el Letrado de la Administración-, ya que tales normas no son aplicables a los mismos, debiendo por contra estarse a lo establecido concretamente en las normas específicas del propio ente institucional, sin poder ampliar su contenido, pues todas las competencias no asumidas por dicho organismo autónomo prosiguen residenciadas en el ente territorial en el que se integra y del que depende, la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

**CUARTO.**-Fijadas las precedentes consideraciones generales hemos de comenzar por analizar las normas de rango general que definen las competencias de los órganos de la Gerencia Regional de Salud.

Al respecto ha de decirse que el acto se ha dictado por el Director **Gerente** de la Gerencia Regional de Salud, conforme a la habilitación competencial contenida en el artículo 89 de la citada Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León -precepto aludido por el Letrado de la Comunidad Autónoma en el trámite de alegaciones conferido conforme al artículo 33.2 LJCA -, que es del siguiente tenor literal: *“Artículo 89. Normativa supletoria.*

*En lo no previsto por la Ley de creación del organismo autónomo, será de aplicación, respecto de las materias de organización, régimen de los órganos y unidades administrativas, de las funciones y competencias, órganos colegiados y actuación administrativa las disposiciones de esta Ley sobre la Administración General de la Comunidad de Castilla y León, equiparándose a estos efectos, las funciones del Presidente del organismo a las*

*del Consejero y las del máximo órgano unipersonal de gestión a las del Secretario general”.*

La interpretación que debe darse a este precepto, de conformidad con las consideraciones precedentemente enunciadas, no puede ser la de reputar que cualquier atribución de competencia conferida para los órganos de la Administración directa de la Comunidad Autónoma, dentro del cuadro general de organización de la Comunidad, deba también entenderse que es conferida a los órganos de la Gerencia Regional de Salud, pues ello no puede derivarse de la propia naturaleza de los organismos autónomos que, como se está diciendo, se encuentran afectados por el principio de especialidad en la atribución de funciones, también por el principio de legalidad -expresamente recogido, asimismo, en el precepto ahora transcrito- y teniendo en cuenta que el propio precepto solo está previendo una aplicación supletoria de las normas establecidas con carácter general para la Administración directa de la Comunidad Autónoma. Ha de entenderse, así, que lo que el precepto efectúa es una determinación del rango jerárquico ocupado por los máximos órganos de los organismos autónomos, de lo cual habrá que extraer las consecuencias lógicas sobre la forma en que se ejercitan sus competencias, mas ello no puede llevarnos a entender que esta cláusula residual constituya título alguno de atribución de competencia.

Dentro de las normas con rango de Ley hemos de aludir a las siguientes:

1ª. La equiparación que se efectúa en el transcrito artículo 89 de la Ley 3/2001 del *“ máximo órgano unipersonal de gestión a las del Secretario general”*, no conlleva dentro de la específica regulación competencial contenida en dicha Ley para los Secretarios generales, a deducir de ello que este máximo órgano unipersonal de gestión sea competente para declarar la extinción de la relación de servicios, dictando los acuerdos sobre declaración de **jubilación**, pues esta competencia no se encuentra expresamente comprendida en el artículo 39 de la Ley 3/2001 para los secretarios generales. Esta sería la única posibilidad de entender conferida esta competencia para acordar la **jubilación**, al equiparar dicho **Gerente** -máximo órgano unipersonal- al Secretario general.

2ª. La Ley de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León, Ley 1/1993, de 6 de abril, que constituía la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, en su artículo 45 no atribuía al Director **Gerente** competencia alguna como la ejercitada en el acto recurrido. El artículo 32 de la Ley 32.2 g) de la Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León, que sustituye a aquélla, atribuye al órgano administrativo que nos ocupa la jefatura superior de personal, sin atribución expresa alguna sobre la materia.

Las normas de carácter reglamentario en que se regula la materia no llevan tampoco a distinta conclusión, ya que el Decreto 287/2001, que aprueba el Reglamento General de la Gerencia Regional de Salud, establece en el artículo 11.1.m) como cometido de ese órgano administrativo la gestión ordinaria del personal estatutario y en la letra n) atribuye a la expresada Dirección-Gerencia la Jefatura Superior de Personal.

**QUINTO.**-Frente a lo establecido para el Director **Gerente** de la Gerencia Regional de Salud, ha de entenderse que es al Consejero de Sanidad (en quien también concurre el carácter de Presidente de la Gerencia, como deriva de la Ley 8/2010 y de los Estatutos de la Gerencia) al que le corresponde la competencia para adoptar un acuerdo extintivo de la relación de servicios como el analizado, a tenor de lo establecido en la Ley 2/2007, de

7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León que en el artículo 6.m ) contempla como competencia del mismo: “*Declarar la pérdida de la condición de personal estatutario fijo de aquellos pertenecientes a centros e instituciones sanitarias dependientes del Servicio de Salud de Castilla y León, en los supuestos legalmente establecidos*”; y en la letra r) establece: “*Las competencias, que en materia de personal estatutario, le sean asignadas por la normativa vigente, así como las que no vengan atribuidas expresamente a ningún otro órgano de la Administración*”.

De esta manera ha de entenderse que a falta de cualquier título específico de atribución de competencia al **Gerente**, ha de estarse a la competencia residual del Consejero, lo que dimana expresamente del tenor literal de los preceptos transcritos, así como de la propia naturaleza del ente institucional en que se integra el **Gerente**, cuyas competencias no pueden ser interpretadas de forma extensiva, lo que conlleva a entender que dichas competencias corresponden a la Administración directa a que dicho organismo pertenece, y dentro de esta al Consejero al que le corresponde la competencia residual.

**SEXTO.**-El Decreto 275/1993, de 18 de noviembre, por el que se articula la distribución de competencias en materia de personal de la Administración de Castilla y León, no puede llevar a una conclusión distinta a la anteriormente sentada, ya que dicho Decreto tiene por objeto la regulación de las competencias de los órganos de la Administración directa de la Comunidad Autónoma, no siendo de aplicación a los entes institucionales. Por ende, el que el artículo 6.1.c) atribuya a los Secretarios Generales “el acuerdo de **jubilación**, cualquiera que fuere el hecho causante de la misma”, no puede conllevar a entender que en este caso, dado el rango del Director **Gerente** como Secretario General, también debería corresponder al mismo la adopción del acuerdo de **jubilación**, pues dicha norma no es de aplicación a la Gerencia Regional de Salud, y de entenderse que es supletoriamente aplicable habría la competencia -lo que no es el caso- sería atribuible al Secretario General de la Consejería, no a dicho Director **Gerente** de la Gerencia.

**SÉPTIMO** .- No empecé a la conclusión a la que precedentemente se ha llegado lo establecido en el apartado 5.5 Orden SAN/1119/2012, de 27 de diciembre , por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo y prórroga del servicio activo, que atribuye la competencia para la adopción de acuerdos sobre denegación y prolongación de la edad de **jubilación** al Director **Gerente** de la Gerencia. Dicho apartado es del siguiente tenor literal: “ 5.5. *Resolución*.”

*Visto el informe-propuesta emitido por la Comisión Central, la Dirección General competente en materia de Recursos Humanos elaborará propuesta y la remitirá al Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud para que dicte la resolución motivada sobre la prolongación de la permanencia en el servicio activo”* .

Hemos de entender que esta norma -en los términos que derivan de la sentencia de la Sala antes citada de 21 de octubre de 2014 , sentencia no firme al momento actual-, en atención a su rango, no puede modificar lo establecido en normas de carácter general como las antes enumeradas, que son las llamadas a la regulación de aspectos competenciales sustantivos como los analizados y cuya posición jerárquica, Leyes formales y Decretos es de carácter superior.

Por ende, deberá entenderse, como requisito para postular la propia validez de la norma -sin perjuicio de otros aspectos que

podieran contemplarse cuyo análisis supera el ámbito de la presente resolución-, que el ámbito material de lo que es objeto de regulación -la prolongación o no en el servicio activo- es un aspecto sustantivamente diferente al acuerdo extintivo de la relación funcional, acto este que sería ulterior al de denegación de la prolongación en el servicio activo y que correspondería al Consejero de Sanidad. Por ello, dado que en el presente caso el acuerdo recurrido no se está limitando a la determinación de inexistencia de las condiciones requeridas para continuar en el servicio activo, sino que declara la extinción de la relación funcional por **jubilación**, se está extralimitando en las funciones específicas que pueden corresponder al Director **Gerente**.

Este juicio positivo de adecuación al ordenamiento jurídico del referido precepto del Plan de Ordenación de Recursos Humanos - desde la perspectiva del principio de legalidad y de jerarquía de las disposiciones generales- es ineludible para propiciar la validez de tal norma, ya que en otro caso se debería acoger la impugnación indirecta efectuada con carácter general sobre el referido instrumento de Ordenación, teniendo en cuenta que en el aspecto ahora analizado el precepto trasciende al propio contenido de lo que es el Plan estrictamente considerado, ya que como tal Plan no sería una norma jurídica en el sentido que se expresa en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular, como es la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014 , anteriormente aludida. Mas en el presente caso nos encontramos por su contenido ante auténticas normas jurídicas dictadas por el Consejero de Sanidad en ejercicio de su potestad reglamentaria -sin perjuicio de su extensión y límites, lo que no es necesario analizar desde la óptica que nos ocupa- y como tales susceptibles de impugnación indirecta, si bien no se acoge la impugnación efectuada en este aspecto.

A tenor de los razonamientos precedentes procede la declaración de nulidad de la resolución recurrida al haberse dictado por órgano incompetente.

**OCTAVO.**-Si con los razonamientos precedentes ya bastaba para la íntegra estimación del recurso administrativo, no obstante ello, en cuanto que existen otros relevantes motivos de impugnación que pueden ser determinantes para determinar el alcance de la eventual transgresión del ordenamiento jurídico por parte de la resolución recurrida y en congruencia con las pretensiones de las partes, cuya tutela exige una adecuada respuesta a las mismas, se han de analizar otros motivos de impugnación de las resoluciones recurridas. De entre ellos es de una gran relevancia al atinente a la necesidad de motivación del acto recurrido. Esto motivo es analizado en los fundamentos octavo a décimo de la sentencia de 19 de diciembre de continua cita.

Para enmarcar debidamente esta cuestión, hemos de partir de la naturaleza del derecho que está siendo objeto de reconocimiento o denegación, cual es la prolongación en el servicio activo de funcionarios que ya tenían reconocido este derecho en base a resoluciones precedentes, en unos términos y condiciones que han de ser adaptados al nuevo marco jurídico constituido por la modificación operada del contenido del artículo 52 de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, por el Decreto Ley 2/2012, de 29 de octubre, lo que supone la adecuación de dicho derecho a la prolongación en el servicio activo al nuevo marco normativo, para lo que fue dictado el Plan de Ordenación de Servicios Humanos, aprobado por la Orden SAN/1119/2012, de 27 de noviembre .

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la más reciente juris-

prudencia del Tribunal Supremo, como es la sentencia de veinticuatro de Octubre de dos mil catorce, recaída en el recurso de casación 3126/2013, en la que se enjuiciaba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos aprobado por la Administración autonómica de Castilla La Mancha, en cuyo sexto fundamento de Derecho reputa que los funcionarios a quienes ya se había conferido el derecho a la prolongación en el servicio cuentan con un auténtico derecho adquirido, derivado de la resolución que acuerda tal prolongación. La sentencia argumenta al respecto lo siguiente:

*“ El motivo parte de la distinción entre derechos adquiridos y simples expectativas; pero luego en su desarrollo no justifica que en el caso actual la disposición cuestionada sea reconducible a la privación de simples expectativas, y no a la auténtica privación de derechos adquiridos.*

*En principio no puede negarse que la situación del funcionario a quien se le hubiera concedido antes del plan impugnado la prórroga en el servicio activo constituya un auténtico derecho adquirido, protegido por la veda de retroactividad establecida en el art. 9.3 CE.*

*Cosa diferente serían las condiciones de la prórroga concedida, si lo fué sin limitaciones y por todo el periodo hasta cumplir los 70 años, o por periodos predeterminados inferiores; pero nada de esto se plantea en el motivo”.*

En todo caso aunque se considerara que existe un derecho no perfecto -lo que se expresa solo en términos hipotéticos ya que la sentencia del Tribunal Supremo antes transcrita que expresa el más reciente criterio del Tribunal Supremo sobre el particular es concluyente- sino condicionado (sentencia de 10 de julio de 2014) a lo que sobre su contenido se establezca en los Planes de Ordenación de Recursos Humanos, también es obvio que esta situación jurídica favorable creada, aun revisable como todas las comprendidas en el status funcional -que crea una situación legal con el contenido legal en cada caso establecido-, en cuanto que se puede dar lugar a la extinción de situaciones jurídicas favorables ya constituidas por resoluciones precedentes deberá realizarse de una forma motivada. Así deriva para todos los actos cuyo contenido suponga una restricción de derechos de lo establecido en el artículo 54 de la Ley 30/1992, en forma tal que el interesado pueda conocer la alteración de las circunstancias que ha motivado la extinción de la prolongación inicialmente concedida.

En el presente caso ninguna motivación individual se ha producido en la resolución recurrida, que se ha limitado a expresar que la finalización de la prolongación inicialmente concedida deriva de lo establecido en el apartado 7 de la referida Orden SAN/1119/2012, de 27 de noviembre, que aplica la disposición transitoria primera apartado 2 del Decreto Ley 2/2012. Y ello se ha hecho en términos generales para todos los funcionarios afectados, creando una resolución tipo que se reitera para todos ellos, sin concreción de circunstancia individual alguna.

Pues bien, al respecto ha de considerarse que la mera aplicación de estos preceptos, aunque pudiera justificar en abstracto la denegación de la prolongación, no exonera a la Administración de dictar una resolución motivada individualmente para cada una de los casos en que se ha puesto fin a la prolongación de la edad de **jubilación** que había sido concedida en resoluciones precedentes, ya que tanto la denegación inicial de la prolongación, como de las subsiguientes a las ya concedidas, exige una motivación que deberá estar presidida por un análisis de las causas que justifican dicha denegación. Así la norma de general aplicación a todos los supuestos de supresión

de prolongaciones ya concedidas inicialmente viene constituida por el apartado 5 del artículo 52 de la Ley 2/2007, cuyo párrafo final es del siguiente tenor literal:

*“ No obstante, la prolongación de la permanencia en el servicio activo ya autorizada, podrá dejarse sin efecto en el caso de que dejen de concurrir las circunstancias que resultaron determinantes para su reconocimiento, de conformidad con lo establecido en el presente artículo, en el art. 26 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud y de acuerdo con los criterios y las necesidades que resulten de aplicación en el correspondiente Plan de Ordenación de Recursos Humanos”.*

De este precepto se desprende que la prolongación no podrá dejarse sin efecto, sino en función de la alteración de las circunstancias que determinaron el otorgamiento inicial.

Ciertamente la disposición transitoria primera del Decreto Ley 2/2012 prevé que las prolongaciones ya concedidas queden sin efecto a los tres meses de la entrada en vigor de la norma, mas ello no se hace de forma automática, no determina una consecuencia obligada en todo caso, pues ello será así *“ salvo que por resolución expresa de los órganos competentes del Servicio de Salud de Castilla y León, y de acuerdo con los criterios y las necesidades que se determinen en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos”.* Por ello, ha de reputarse que se han de acreditar, mediante la necesaria motivación, la concurrencia de los elementos, siempre reglados, que son precisos para que se ponga término a la prolongación. En otro caso se estaría confiando a la Administración una facultad exenta de la posibilidad de control jurisdiccional para determinar en qué casos se prosigue en la prolongación y en cuales no, lo que no puede ser asumido en una interpretación conjunta de todos los preceptos del ordenamiento jurídico, ya que aunque dicho precepto habilite para dejar sin efecto las resoluciones iniciales de prolongación, lo que no puede entenderse es que su aplicación deba ser automática sin contraste alguno de las circunstancias previamente existentes y las subsiguientes, pues la motivación es un requisito general de todos los actos administrativos, y deberá también estar presente en los que nos ocupan.

Esta interpretación ya fue también efectuada por la Sala en el auto de 18 de marzo de 2013, recaído en la pieza de medidas cautelares del recurso 193/2013, en el que se hizo un juicio positivo, tanto de constitucionalidad como de legalidad ordinaria del precepto del Decreto Ley habilitante para la adopción de la decisión adoptada, de denegación de la prolongación, *“teniendo particularmente en cuenta que tanto las denegaciones de prolongación del servicio activo, como también los acuerdos de finalización de las ya acordadas, por haber existido previamente un reconocimiento de la idoneidad para la prosecución en el servicio activo, exigirán una motivación -que permitirá la fiscalización jurisdiccional de la causa del acto invocada- en resolución individual sobre la concurrencia de los requisitos precisos para denegar la prosecución en dicho servicio, lo que en principio no puede entenderse que concorra por el solo contenido del Plan, en especial atendiendo al contenido de su apartado 7, que parece invertir dichas exigencias de motivación respecto a la prosecución en el servicio activo respecto a los funcionarios que ya tuvieran concedida previamente la permanencia”.*

Y ciertamente ha de entenderse que ni el Plan de Ordenación ni las normas que este aplican exonera de la motivación de los actos de denegación de la prolongación ya concedida, si se tiene en cuenta que el propio Plan está previendo con carácter general la posibilidad de que todas las resoluciones sean con carácter

general motivadas, como se establece en su apartado 5, a propósito de los requisitos que ha de tener con carácter general toda resolución de desestimación de la prolongación, expresando al respecto lo siguiente:

*“Si la resolución es desestimatoria de la prolongación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la motivación deberá estar fundada en alguna de las siguientes causas:*

- a) En la carencia por el interesado del requisito de edad.*
- b) Por haber presentado la solicitud fuera del plazo establecido.*
- c) Por no resultar acreditado que el interesado reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. d) Por no concurrir alguno de los supuestos contemplados en el apartado 4.1 del presente Plan”.*

Entre estas circunstancias previstas en el apartado 4.1 del Plan se ha de estar a la muy relevante de “carencia de personal sustituto”, pues no en vano entre las causas que determinaron la aprobación del Plan se encuentra la de rejuvenecimiento de las plantillas (como se expresa en su exposición de motivos), siendo uno de sus objetivos “la necesaria renovación de las plantillas y la estabilidad del mismo, dando lugar a la entrada en el sistema de profesionales jóvenes y con perfiles acordes a los nuevos modelos de gestión asistenciales y organizativos”. Tal renovación de plantillas, que es la quintaesencia de la aprobación del Plan, deberá ciertamente estar presente en la motivación individual de la resolución denegatoria de la prolongación, expresando la existencia del personal sustituto que acometa las funciones de aquel cuya prolongación previamente concedida ha sido dejada sin efecto. En otro caso, es obvio que se podría estar produciendo una desviación de los propios objetivos marcados en el Plan que se aplica, dando lugar a la introducción de causas falsas de denegación de la prolongación, y sustrayendo la concurrencia de la misma a la fiscalización jurisdiccional.

Por otro lado, la necesidad de la exigencia de esta motivación individual de los actos de aplicación del Plan se encontró presente en el recurso 193/2013, en el que recayó la sentencia de 21 de octubre de 2014, habiéndose considerado que la motivación antes que en el Plan debía estar presente en la resolución individual, aspecto al que puede entenderse que responde el contenido del sexto fundamento de Derecho “in fine” de dicha sentencia.

**NOVENO.**-Complementando la argumentación antes expresada hemos de decir que la motivación es requerida, en términos generales por diversas sentencias del Tribunal Supremo, para la adopción de acuerdos como los impugnados. Así, puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 29-10-2012, rec. 6211/2011, la cual se expresa en los siguientes términos:

*“La doctrina jurisprudencial recogida en sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 7 de abril de 2011 (recurso 2640/2009), de 16 de abril de 2012 (recurso 3014/2010) y 24 de septiembre de 2012 (recurso 5620/2011), dictadas en interpretación de las normas reguladoras de la prolongación en el servicio activo, se pronuncia en el sentido de que no cabe ninguna duda de que tales preceptos imponen a la Administración la carga de motivar su decisión sobre la prolongación solicitada, tanto para aceptarla como para denegarla. Por consiguiente, no cabe entender que en las indicadas normas se establezca un*

*inequívoco derecho para el interesado, como pretende el recurrente en esta litis, sino la necesidad de que la Administración justifique la autorización o denegación de la solicitud de prórroga. De tal forma, que la conclusión final que se extrae es que esa prolongación en el servicio activo constituye un derecho subjetivo del funcionario, pero un derecho que no le es reconocido de manera absoluta sino, por el contrario, condicionado a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio; así como que recae sobre dicha Administración la carga de justificar esas necesidades organizativas que deben determinar la concesión o denegación de la prolongación”.*

En términos análogos se expresaba la sentencia de 3-12-2012, dictada en el rec. 976/2012.

Ha de entenderse, por lo tanto, que la motivación es en términos generales requerida para adoptar acuerdos como el que nos ocupa, ya sea de otorgamiento de prolongación inicial de servicios o de supresión de la que ya hubiera sido inicialmente concedida.

La inexistencia de dicha motivación en la resolución recurrida en el presente procedimiento, ha de llevarnos a entender que constituye otro argumento de nulidad de la misma.

**DÉCIMO.**-Se alega, asimismo, en la demanda que al dictarse el acto recurrido se ha generado indefensión, lo que está vinculado a la necesidad de motivación y a la posibilidad de que se pueda omitir el trámite de audiencia.

En relación con el trámite de audiencia, la regulación de carácter general que es de aplicación es el artículo 84 de la Ley 30/1992, precepto que previene: *“1. Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el art. 37,5.*

*2. Los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.*

*3. Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite.*

*4. Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”.*

Respecto a este trámite ha expresado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia de 20 de marzo de 1992 que “La Administración, ha de dictar sus resoluciones con imparcialidad y objetividad. Por ello, en la elaboración de sus actos debe observar, cuanto proceda - art. 105.c) de la Constitución - el trámite esencial de audiencia del interesado; por su parte el art. 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo manda que en el expediente administrativo se dé vista al interesado antes de la propuesta de resolución. Del trámite de audiencia puede prescindir la Administración cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado [ art. 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo . Al poner en relación dichos preceptos -el art. 105,c) de la Constitución y el art. 91 de la LPA-, debe concluirse que el trámite de audiencia, que desde luego es trámite importante y es garantía del administrado, no debe ser aplicado en términos absolutos e indiferencia- dos a todos los actos administrativos: teniendo en cuenta que el

citado artículo de la Constitución garantiza dicho trámite cuando proceda, es necesario atenerse a la naturaleza y alcance de los actos administrativos. El trámite de audiencia, mira a la completa y eficaz defensa del interesado ( art. 24 de la Constitución ), lo que exige que cuando se invoque la falta de audiencia, se examine y pondere el contenido del expediente en función de los preceptos constitucionales citados y el también citado art. 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo , a los fines de que no se substraiga al interesado ningún dato que deba conocer”.

La sentencia de 22 de septiembre de 2004 relativiza la existencia de este vicio procedimental, en cuanto que exige que la indefensión que exista tenga un carácter material, pues tras partir del carácter esencial del trámite que nos ocupa, expresa que ello es a condición de que el interesado “... no haya tenido ocasión de conocer el alcance de la resolución que le afectaba, ni de exponer con carácter previo a su adopción las razones de que se cree asistido para que esa resolución no tenga lugar”.

A ese respecto son muy relevantes los argumentos de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de marzo de 2012 , en la que se expresa lo siguiente:

*“Y en esa misma línea de razonamiento, la sentencia de 25 de febrero de 2003 (casación 6876/1999 ), que también se cita en la aquí recurrida, declara lo siguiente:...Es verdad que el trámite de audiencia es propio de una Administración dialogante, participativa y respetuosa con los ciudadanos (sentencia impugnada). Pero esas cualidades sólo se producen cuando se cumplen los aspectos formales y materiales que dicho trámite exige. De este modo, el mero hecho de poner en conocimiento de los afectados el expediente no es cumplimiento del trámite de audiencia. Para que este trámite se entienda cumplido se requiere que se produzca “diálogo”, “participación” y “respeto”. Pero nada de esto hay cuando la Administración no realiza acto alguno, ni siquiera en trámite de recurso, que demuestre que lo alegado ha sido tomado en consideración de alguna manera en la decisión final. (...).*

*Debe notarse también que la infracción procedimental consistente en la omisión del trámite de audiencia no puede entenderse sanada siempre por la interposición de un posterior recurso administrativo o jurisdiccional, a través de los cuales se abre la ocasión de formular las alegaciones que se estimen pertinentes. Sobre ello son elocuentes las consideraciones contenidas en nuestra sentencia de 21 de mayo de 2002 (casación 5610/1996 ) cuyo criterio hemos repetido en la sentencia de 28 de febrero del 2007 (casación 10412/2003 ), de la que extraemos los siguientes párrafos:*

*-a) El trámite de audiencia, al igual que el recurso administrativo, tiene como finalidad permitir al interesado hacer valer frente a la Administración las alegaciones y pruebas que puedan ser útiles para sus derechos sin necesidad de afrontar los gastos y gravámenes de un proceso jurisdiccional; y, por ello, la eventual posibilidad de acudir a este último proceso no dispensa a la Administración de su obligación de ofrecer y hacer efectivo aquel trámite.*

*-b) El proceso jurisdiccional puede entablarse también con la exclusiva finalidad de denunciar esa omisión del trámite de audiencia y de reclamar que se declaren las consecuencias invalidantes que por ello puedan resultar procedentes para la actuación administrativa de que se trate. Por lo cual, el proceso jurisdiccional instado con esa sola finalidad no comporta la necesaria subsanación de la invalidez e indefensión que se haya producido en la vía administrativa como consecuencia de la omisión del trámite de audiencia.*

*-c) La subsanación a través de la fase judicial de los vicios de indefensión que puedan haber existido en el procedimiento administrativo resulta procedente declararla cuando el interesado, en el proceso jurisdiccional que inicie para impugnar la actuación administrativa, hace caso omiso de esos vicios o defectos del procedimiento administrativo, plantea directamente ante el órgano judicial la cuestión de fondo que quería hacer valer en los trámites administrativos omitidos, y efectúa, en esa misma fase judicial, alegaciones y pruebas con la finalidad de que el tribunal se pronuncie sobre dicha cuestión de fondo.”*

En el presente caso la resolución administrativa originaria se dictó de plano sin trámite previo alguno, y consiguientemente sin audiencia del interesado, y la adoptada definitivamente al resolver el recurso de reposición se emitió sin consideración alguna a la situación individual del recurrente, por lo que no puede entenderse que se haya dado respuesta a las pretensiones esgrimidas en la vía administrativa por el actor. La insistencia en la vía jurisdiccional en la existencia de falta de motivación y la indefensión generada por la actuación administrativa, ha de hacernos entender que persiste la denuncia de omisión del procedimiento que debió haberse seguido para la adopción de la resolución -que incluye el trámite de audiencia-, existiendo, así, indefensión en sentido material, no subsanada por las alegaciones vertidas al formular el recurso de reposición o el presente jurisdiccional.

Se ha de entender, por lo tanto, que se da el motivo de nulidad de inexistencia del trámite de audiencia.

**UNDÉCIMO.-**En lo que respecta a la solicitud de restablecimiento de la situación jurídica individualizada solicitada por el recurrente, sobre su reincorporación al puesto de trabajo que ocupaba, ha de decirse, y siempre siguiendo el criterio recogido en la sentencia de continua cita de 19 de diciembre de 2014 , que una vez que es anulado el acto recurrido deberán desaparecer todos los efectos jurídicos que dimanen del mismo, por lo que asimismo procederá acordar tal incorporación en situación de prolongación de su edad de **jubilación**.

Por ello se ha de reconocerse al actor, de forma análoga a lo decidido en las demás sentencias en que se ha resuelto sobre pretensiones similares a la que ahora nos ocupa, su derecho a la indemnización por los perjuicios sufridos -lo que implícitamente se postula al solicitarse en el suplico de la demanda la “reposición en las labores que venía desarrollando”-, lo que se concretará en el período de ejecución de sentencia. Ello en aplicación de los principios consagrados al respecto en nuestro ordenamiento jurídico de resarcimiento de los perjuicios derivados de la actuación administrativa, como dimana del artículo 106.2 de la Constitución Española , ya que dichos perjuicios se han generado a consecuencia de las resoluciones dictadas por la Administración que se han considerado no ajustadas a Derecho, lo cual exige la plena compensación de forma tal que se obtenga la plena indemnidad por el actor. Y de esta forma se han de comprender en dicha reparación:

-Las retribuciones dejadas de percibir por el funcionario, que serán objeto de compensación con las prestaciones percibidas del sistema de Seguridad Social y demás que resulten incompatibles. Estas retribuciones devengarán el interés correspondiente desde la fecha en que debieron ser percibidas, en atención al carácter asimismo resarcitorio de estos intereses, con el fin de compensar la pérdida patrimonial que ha supuesto la no percepción de las reiteradas retribuciones.

-Todas las cotizaciones sociales a satisfacer por la Administración, en la misma forma que si se estuviera en situa-

ción de servicio activo. La demanda deberá ser consiguientemente estimada, anulando el acuerdo recurrido y reconociendo al actor el derecho al restablecimiento de su situación jurídica individualizada en los términos precedentemente razonados.

**DUODÉCIMO.**-En cuanto a las costas, previene el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta Jurisdicción, en la redacción aplicable a este procedimiento que "En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho". Y en el presente caso, estimado el recurso, sin que existan serias dudas de hecho o de derecho, procederá su imposición a la Administración demandada.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación;

#### FALLAMOS

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Sra. Verdugo Regidor, en nombre y representación de DON Lorenzo, contra los acuerdos de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León expresados en el encabezamiento de la presente resolución, debemos anular y anulamos los mismos, por ser disconformes con el ordenamiento jurídico.

Asimismo reconocemos a la vez su derecho el derecho, en los términos precedentemente recogidos en el undécimo Fundamento de Derecho, al restablecimiento de su situación jurídica individualizada, consistente en el derecho al reingreso en el puesto que ocupaba con anterioridad; al abono de las retribuciones dejadas de percibir, sin perjuicio de su compensación con las prestaciones percibidas del sistema de Seguridad Social y demás percepciones incompatibles, más el interés legal de dichas retribuciones desde el momento en que debieron ser percibidas; y al ingreso de las cotizaciones sociales a satisfacer por la Administración, en la misma forma que si hubiera estado en servicio activo.

Todo ello con imposición de costas a la Administración demandada.

Contra la presente resolución cabe la interposición de recurso de casación, que se preparará ante la Sala dentro del plazo de diez días desde la notificación de esta sentencia.

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

**PUBLICACIÓN** - Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que en ella se expresa, en el mismo día de su fecha, estando celebrando sesión pública la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de lo que doy fe.

## LABORAL / SERMAS

### La jubilación forzosa del interino a los 65 años es improcedente

**ADS.** El *Tribunal Superior de Justicia de Madrid* confirma la sentencia del Juzgado que declara improcedente el despido de un interino y ordena su readmisión en iguales condiciones junto al abono de salarios de tramitación desde el cese hasta la notificación de la sentencia (62,65 euros/día), o a abonar 33.260 euros en concepto de indemnización.

La novedad de esta sentencia reside en que cuando se aplica la jubilación forzosa, el 1 de mayo de 2013, su contrato estaba afectado por la *Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, norma que instaura la nulidad de las cláusulas de jubilación a los 65 años.

La *Disposición Adicional Décima* de esta ley se titula *Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación*, y establece que:

"Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas".

#### Convenio en 'ultraactividad'

Este precepto dejó sin efecto, por tanto, la cláusula de jubilación forzosa a los 65 años prevista en el artículo 50 del Convenio laboral de la Comunidad de Madrid. El convenio se encontraba en *ultraactividad* (vigencia con posterioridad a su vencimiento si se denuncia por una de las partes hasta que se negocie un nuevo acuerdo) desde el 1 de enero de 2008,

fecha en que pierde su vigencia, por lo que su aplicación a un trabajador constituye un despido improcedente y no nulo teniendo en cuenta el criterio sentado por la sentencia *TS de 20 de noviembre de 2012*.

La *Disposición Adicional Décima* de la *Ley 3/2012* declaró nulas las cláusulas de jubilación forzosa de los convenios siguiendo un criterio de aplicación temporal en función del momento en el que finaliza la vigencia de los convenios colectivos.

Así, la *Disposición Transitoria Quinta* aplica la nulidad de cláusulas de convenios posteriores al 8 de julio de 2012, fecha de entrada en vigor de la ley, mientras que en convenios anteriores la nulidad rige a partir de la fecha en que finalizan su vigencia.

El contrato analizado es de interinidad por vacante -vinculada a la oferta de empleo público de 2007- y perteneciente al régimen laboral del *Convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad de Madrid* (Convenio 2004-2007).

### Prórroga de jubilación

El trabajador, auxiliar de enfermería, solicitó la prolongación de la jubilación al cumplir los 65 años, lo que inicialmente se le concede hasta el 1 de mayo de 2013, y el 8 de abril siguiente la gerencia del hospital declara la jubilación con efectos desde el 1 de mayo, "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.a) del citado convenio.

Este precepto impide amortizar la plaza vacante por jubilación en un contexto de la política de promoción de empleo que vincula a la Administración para proceder a su cobertura.

Este compromiso, vinculante para la Administración y adquirido en el propio Convenio, es una condición "indispensable" para que la jubilación forzosa fuera operativa sin que se produzca la discriminación laboral por razón de la edad.

Ello significa que la plaza tiene que salir inmediatamente a concurso para ser ocupada de forma inte-

rina, por lo que su incumplimiento determina la improcedencia del cese "y no de nulo por discriminación al basarse en una interpretación errónea de la norma".

### Otras referencias de interés en ADS

*ADS nº 209 / Noviembre 2013. El TSJ Madrid declara la vigencia del Convenio 2004-2007 del personal laboral de la Comunidad.*

*ADS 124 / 2006. Jubilación y convenio colectivo: últimas sentencias en la materia. DANIEL PATRICIO JIMÉNEZ.*

*ADS nº 199 / Noviembre 2012. PARC DE SALUD DE BARCELONA / Un consorcio público no puede dejar de abonar un plus vigente durante 15 años (plus de sábado y festivo).*

*ADS nº 191 / Noviembre 2012. Instrucciones para regular la aplicación de las 37,5 horas en el Servicio Madrileño de Salud.*

*ADS nº 190 / Febrero 2012, pág. 111. SOCIAL. TSJ Cataluña / El recorte salarial del 2010 en empresas y consorcios públicos es legal.*

*ADS nº 190 / Febrero 2012, pág. 108. SOCIAL. TSJ Cataluña / El recorte salarial del 2010 en clínicas privadas concertadas fue ilegal.*

*Ref. ADS 27/2015*

*Roj: STSJ M 12853/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:12853 Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social. Sentencia de 13 de octubre de 2014.*

*Sede: Madrid. Sección: 5.*

*Nº de Recurso: 354/2014*

*Nº de Resolución: 785/2014*

*Ponente: MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU*

*Resolución distribuida por CENDOJ*

### SENTENCIA

En Madrid, a 13 de octubre de 2014. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, EN NOMBRE DEL REY ha dictado la siguiente SENTENCIA.

En el recurso de suplicación 354/2014ag interpuesto por Braulio representado por el Letrado M<sup>a</sup> JOSÉ MURIEL GARCÍA, y por EL SERVICIO MADRILEÑO DE LA SALUD, representada por la letrada de la Comunidad de Madrid contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social NUM. 25 DE MADRID en autos núm. 734/13 siendo recurridas ambas partes. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sra. DOÑA Aurora de la Cueva Aleu.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** En el Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por Braulio contra SERVICIO MADRILEÑO DE LA SALUD en reclamación sobre DEPSIDO en la

que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio, se dictó sentencia con fecha 20 de septiembre de 2014, en los términos que se expresan en el fallo de dicha resolución.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia, y como **HECHOS PROBADOS**, se declaraban los siguientes:

**PRIMERO.-** El demandante D. Braulio, nacido el NUM000 - 1947, ha venido prestando servicios para SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD, Hospital Doctor Rodríguez Lafora, dependiente del SERMAS, desde el año 1-07-2002 con categoría de profesional de auxiliar de enfermería y salario mensual de 1.879,63 euros brutos con prorrateo de pagas extras.

**SEGUNDO.-** El 23-10-2012 el actor presenta solicitud de prolongación de permanencia una vez cumplidos los 65 años, resolviendo la Gerencia del hospital a la vista de los datos de vida laboral, prolongar la permanencia hasta que tuviese cubierto el periodo de carencia, el 1-05-2013

**TERCERO.-** Con fecha 08-04-2013, mediante resolución del Director **Gerente** del hospital, se declara la extinción de la relación laboral por **jubilación forzosa** al actor, con efectos desde el 1-05-2013.

**CUARTO.-** De acuerdo con lo establecido en el art. 3 "Criterios Generales de Contratación de personal laboral temporal" de la Orden de 28 de enero de 2013, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se dan instrucciones de contratación del personal temporal..., no se autorizó la cobertura de vacante originada por la **jubilación**.

**QUINTO.-** Se ha agotado la vía previa administrativa.

**TERCERO:** En esta sentencia se emitió el siguiente fallo:

"Que, estimando la demanda promovida por D. Braulio contra SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD, declaro la improcedencia del despido de fecha 01-05-2013, condenando al demandado a la readmisión del trabajador en iguales condiciones y en este caso al abono de salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta notificación de esta sentencia, a razón de 62,65 euros/día o al abono de una indemnización por importe de 33.260 euros."

**CUARTO :** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante y demandada siendo impugnado de contrario por ambas partes. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Frente a la sentencia de instancia cuyo fallo literalmente indica:

*"Que, estimando la demanda promovida por D. Braulio contra SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD, declaro la improcedencia del despido de fecha 01-05-2013, condenando al demandado a la readmisión del trabajador en iguales condiciones y en este caso al abono de salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, a razón de 62,65 euros/ día o al abono de una indemnización por importe de 33.260 euros .", se alzan en suplicación la representación letrada de la parte actora y demandada.*

**SEGUNDO:** La representación letrada del SERVICIO MADRI-

LEÑO DE SALUD formula dos motivos de recurso con destino a la revisión fáctica y a la censura jurídica, habiendo sido impugnado por la representación letrada de la parte actora.

El primer motivo con correcto amparo procesal interesa la modificación del hecho probado segundo de la sentencia para el que propone la correspondiente redacción alternativa con apoyo a tal fin en la documental obrante al folio 92 de autos.

Trata en definitiva de adicionar que la gerencia del hospital resolvió sobre la solicitud de prolongación de permanencia del actor por comunicación del reclamante; se adiciona al desprenderse de la documental que cita.

**TERCERO .-**Con destino a censurar jurídicamente la sentencia, en el segundo motivo la representación letrada del Servicio Madrileño de Salud denuncia infracción del artículo 50.A).1 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, en relación con el artículo 22 de la Ley 7/2012, de 26 de diciembre de Presupuestos de la Comunidad de Madrid para el año 2013 y apartado 3º de la Orden de 28 de febrero de 2013 de la Consejería de Economía y Hacienda relativa a la gestión de los gastos de personal para el ejercicio 2013 de los entes y empresas públicas dependientes del Servicio Madrileño de Salud, entendiendo en esencia que en virtud de la normativa que se indica, resulta justificada la no cobertura de la vacante correspondiente al puesto que venía desempeñando el demandante en virtud de contrato de interinidad.

El recurso interpuesto por la representación letrada de la parte actora, que no ha sido objeto de impugnación por la demandada, se compone de dos motivos destinados a censurar jurídicamente la sentencia.

En el primero denuncia la infracción del artículo 14 CE, artículos 4.2.c), 17.1 y 55.5 del ET, 108.2 de la LRJS en relación a la Disposición Adicional 10ª del ET, artículo 50.A).1 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, y con el artículo 16 de la Directiva 78/2000 de 27 de Noviembre del Consejo de la CEE (publicada en el DOCE el 2 de diciembre del año 2000).

En esencia entiende que no puede entenderse que la rescisión contractual operada haya sido adoptada con sujeción a los requisitos exigidos por la Disposición Adicional Décima del ET y por el artículo 50.A.1 del convenio de aplicación, tal y como ha entendido la sentencia de instancia y que esta debió reputar nulo el referido despido, pues dicha decisión, dice, no puede entenderse vinculada a ningún objetivo coherente con la política de empleo que pudiera expresar el vigente convenio, de conformidad además con la doctrina constitucional (que no cita) y con la normativa comunitaria que la Ley 14/2005 cita en su exposición de motivos, por lo que debió reputarse el despido discriminatorio por razón de la edad, lesivo del mandato contenido en el artículo 14 de la CE y contrario a los artículos citados como infringidos de la LRJS y ET.

El segundo de los motivos con igual amparo procesal vuelve a incidir en la nulidad del despido por violación de derechos fundamentales, denunciando infracción por no aplicación de los artículos 55.5 del ET, 108.2 y 113 de la LRJS.

Los motivos se resuelven conjuntamente al estar en conexión.

Para la adecuada resolución de la cuestión litigiosa, debemos partir de los siguientes hechos esenciales que obran en la relación fáctica y en autos:

El trabajador venía prestando servicios como auxiliar de enfermería mediante contrato de trabajo de interinidad para

cobertura de vacante núm. NUM001, vinculada a la oferta de Empleo Público correspondiente al año 2007, desde el 26 de mayo de 2006 en el Hospital Dr. Rodríguez Lafora (folio 96).

Como personal laboral le era de aplicación el Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid (Convenio 2004-2007).

3. En fecha 23 de octubre de 2012 solicitó continuar prestando servicios una vez cumplida la edad de 65 años a fin de completar su periodo de carencia; la Gerencia del Hospital resolvió prolongar la permanencia en el servicio hasta el 1 de mayo de 2013 a esos efectos (hecho probado segundo).

El 8 de abril de 2013, la Gerencia del Hospital de referencia, declaró la **jubilación forzosa** del recurrente con efectos 1 de mayo de 2013 de conformidad con el artículo 50.A) del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid (folio 89).

**CUARTO** .-El artículo 50.A) de la norma convencional citada establece la imposibilidad de amortización de la plaza vacante por **jubilación** indicando:

*“1. Dentro de la política de promoción del empleo, la **jubilación** será obligatoria al cumplir el trabajador la edad de sesenta y cinco años, comprometiéndose la Comunidad a cubrir, por los métodos establecidos en este Acuerdo, las plazas que por esta razón quedaran vacantes, en idéntica categoría profesional u otras de distinta categoría, similar o inferior, que se hayan creado por transformaciones de las mencionadas vacantes. En ningún caso se producirá amortización definitiva del puesto dejado vacante con motivo de la **jubilación**.*

*2. La edad de **jubilación** establecida en el párrafo anterior se considerará sin perjuicio de que todo trabajador pueda completar los periodos de carencia para la **jubilación**, en cuyos supuestos la **jubilación** obligatoria se producirá al completar el trabajador dichos periodos de carencia en la cotización a la Seguridad Social.*

*3. La Comunidad de Madrid vendrá obligada a informar puntualmente de las **jubilaciones** que se puedan producir, su categoría y el plazo para la provisión de vacantes, cuando ésta proceda.*

*4. La vigencia de la regulación de la **jubilación forzosa** anteriormente expuesta, queda condicionada a la publicación de la correspondiente norma legal que habilite a la negociación colectiva para el establecimiento de edades obligatorias de **jubilación**.”*

Atendiendo a la literalidad del transcrito artículo 50.A del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, se evidencia que éste se encuadra dentro de una política de promoción del empleo, en cuanto la COMUNIDAD DE MADRID asume expresamente el compromiso de cubrir, por los métodos establecidos en el propio Convenio, las plazas que por **jubilación forzosa** quedaran vacantes, en idéntica categoría profesional u otras de distinta categoría, similar o inferior, que se hayan creado por transformaciones de las mencionadas vacantes, con proscripción expresa de la amortización definitiva del puesto dejado vacante con motivo de la **jubilación forzosa** del trabajador.

Así pues, de la norma convencional se desprende que es condición indispensable para que la **jubilación forzosa** opere, que se cumpla la finalidad de política de empleo que justifica la citada previsión convencional y la diferencia de trato por motivos de edad no constitutiva de discriminación, al estar justificada la

citada medida, por objetivos legítimos de las políticas de empleo, como es, el acceso de personas desempleadas al puesto de trabajo que como consecuencia de la **jubilación forzosa** acordada queda vacante.

Por tanto, producida la extinción del contrato de un trabajador por **jubilación forzosa**, la vacante ha de ser inmediatamente sacada a concurso público para su cobertura por el medio legalmente establecido y servida de forma interina hasta entonces, y el incumplimiento de los requisitos determina que el cese del actor constituya un despido que debe ser calificado como improcedente, conforme a lo dispuesto en el art.55.4 del ET y no puede calificarse de nulo por discriminación, al basarse en una interpretación errónea de la normativa. El compromiso establecido en la norma convencional no puede entenderse que ha quedado sin efecto por la ley 7/2012 citada pues la misma se refiere, en sus apartados 5, 6 y 7, a que:

*“5. Durante el año 2013 no se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de personal estatutario temporal, o al nombramiento de funcionarios interinos, salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales, de acuerdo con lo que establezca la Consejería de Economía y Hacienda.*

*En cualquier caso, las plazas correspondientes a los nombramientos a que se refieren los arts. 10.1.a) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y 9.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, y las contrataciones de personal interino por vacante, deberán incluirse en la Oferta de Empleo Público correspondiente al mismo año en que se produzca el nombramiento o la contratación y, si no fuera posible, en la siguiente Oferta de Empleo Público, salvo que se decida su amortización.*

*Los contratos de interinidad suscritos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2013 adecuarán su vigencia a los procesos de provisión de vacantes correspondientes a la Oferta de Empleo Público para el año 2013 y, si no fuera posible, en la siguiente Oferta de Empleo Público.*

(...)

*6. La contratación de personal laboral temporal, el nombramiento de personal estatutario temporal y el nombramiento de funcionarios interinos en el ámbito de la Administración de la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos, Órganos de Gestión sin personalidad jurídica propia, Empresas Públicas con forma de Entidad de Derecho Público y demás Entes Públicos autonómicos, requerirán la previa autorización de la Consejería de Economía y Hacienda con las condiciones que establezca la misma.*

*7. Las plazas vinculadas a Ofertas de Empleo Público anteriores, estén o no ocupadas interina o temporalmente, en tanto no hayan sido objeto de convocatoria para su provisión mediante el correspondiente proceso selectivo, se cubrirán preferentemente a través de los oportunos mecanismos de movilidad interna, voluntaria o **forzosa**, o como consecuencia de la atención a las solicitudes de reingreso al servicio activo, o de movilidad por razones de salud de funcionarios de carrera o personal laboral fijo.*

*Asimismo, dichas plazas, como consecuencia de procesos de reordenación o reorganización administrativa, por razones de eficacia y eficiencia en la utilización de los recursos humanos*

existentes, por motivos de índole presupuestaria o por cualquier otra circunstancia de similar alcance, podrán ser objeto de amortización, mientras no se encuentren incluidas en convocatorias de pruebas selectivas aprobadas.

*La aplicación de lo previsto en los dos párrafos anteriores requerirá la desvinculación, en su caso, de los puestos de trabajo afectados de la Oferta de Empleo Público en la que se encuentren incluidos.*

*Los puestos de trabajo vinculados a Oferta de Empleo Público que se encuentren desempeñados por personal interino, temporal o indefinido no fijo, ya se trate de personal funcionario, estatutario o laboral, se adscribirán preferentemente a sectores prioritarios, para la prestación de servicios públicos esenciales, salvo que proceda su amortización.”*

La finalidad de la ley 7/2012 es no incrementar el gasto de personal, sin que conste que la vacante haya sido inmediatamente sacada a concurso público para su cobertura por el medio legalmente establecido, y servida de forma interina hasta entonces, o amortizada por el procedimiento legalmente establecido, por lo que al no darse cumplimiento a lo establecido en la norma convencional, la decisión empresarial constituye un despido improcedente, como ya hemos señalado y ha entendido la juzgadora de instancia. Además debe señalarse que la disposición final cuarta.dos de la Ley 3/2012 dio nueva redacción a Disposición Adicional Décima del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/995, de 24 de marzo, quedando redactada en los siguientes términos:

*“ Disposición Adicional Décima. Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de **jubilación**.*

*Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de **jubilación** fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas “.*

Además, la disposición transitoria decimoquinta de la Ley 3/2012 dispuso que:

*“1. Lo establecido en la disposición adicional décima del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción dada a la misma por la presente ley, se aplicará a los convenios colectivos que se suscriban a partir de la entrada en vigor de esta ley.*

*2. La citada disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores se aplicará a los convenios colectivos suscritos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta ley en los siguientes términos:*

*a) Cuando la finalización de la vigencia inicial pactada de dichos convenios se produzca después de la fecha de entrada en vigor de esta ley, la aplicación se producirá a partir de la fecha de la citada finalización.*

*b) Cuando la finalización de la vigencia inicial pactada de dichos convenios se hubiera producido antes de la fecha de entrada en vigor de esta ley, la aplicación se producirá a partir*

*de esta última fecha.”.*

Por tanto, cuando el 1 de mayo de 2013 se decide jubilar forzosamente al demandante ya estaba vigente la Ley 3/2012, que entró en vigor el 8 de julio de 2012, dejando sin efecto la cláusula de **jubilación forzosa** prevenida en el art. 50 del Convenio de la CAM , Convenio que había perdido su vigencia, encontrándose en ultractividad, desde el 1 de enero de 2008, por lo que, del juego de la disposición final cuarta.dos y la disposición transitoria decimoquinta de la cita ley, se alcanza la conclusión de que no procedía la **jubilación forzosa** del trabajador. No era posible aplicar una cláusula de **jubilación forzosa** que había perdido vigencia y el cese del mismo constituye un despido, calificable de improcedente y no de nulo, en armonía con la STS de 20 de noviembre del 2012, Recurso 4229/2011 . Por todo lo expuesto se desestiman los motivos destinados a la censura de los dos recursos interpuestos y se confirma la sentencia recurrida.

## FALLAMOS

Que desestimamos los recursos de suplicación interpuestos por la representación letrada de la parte actora y la representación letrada de SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD contra la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid , en autos nº 734/2013 , seguidos a instancia de Braulio contra SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD, en reclamación por DESPIDO, confirmando la misma.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión al rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal.

Notifíquese la presente sentencia a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia y a las partes por correo certificado con acuse de recibo que se unirá a los autos, conforme establece el art. 56 LRJS , incluyendo en el sobre remitido copia de la presente resolución.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-354-2014 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Paseo General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. .

## SERVICIO VASCO DE SALUD

### El Supremo respalda la exclusión de marcas del sistema informático de prescripción

**ADS.** Los Servicios de Salud pueden excluir del sistema informático de prescripción medicamentos de marca sin vulnerar la legislación del medicamento, según se deduce de una sentencia del Tribunal Supremo que avala medidas adoptas por el *Servicio Vasco de Salud (SVS)* para sustituir cuatro fármacos de marca por genéricos (atorvastatina, clopidogrel, risedronato semanal y losartán-hidroclorotiazida).

Son los fármacos de mayor consumo en el *Sistema Nacional de Salud*, por lo que con el objetivo de reducir el gasto farmacéutico la Directora de Farmacia del SVS envía una carta con fecha 2 de junio 2010 a los profesionales indicando que los cuatro medicamentos de marca quedan sustituidos por genéricos en el sistema de prescripción informatizada de fármacos.

Según el Supremo, la carta de la Directora de Farmacia tiene virtualidad de reglamento *ad intra* con efectos dentro de la organización y no perjudica a terceros en tanto en cuanto da cumplimiento a la regla general de prescripción por principio activo del artículo 85 de la *Ley 29/2006 de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios*, sin establecer una reserva singular o especial autorización del Ministerio de Sanidad, sino sólo una justificación caso por caso de la prescripción por marca.

Sirva para el contraste otra sentencia del alto Tribunal que publicamos en este número que anula la orden reguladora de la *Comisión de Evaluación del Medicamento de Aragón* -estimando el recurso de *Farmaindustria*- por considerar que incorpora normas de prescripción de medicamentos que no sólo tienen efectos dentro de la organización, sino

también frente a intereses legítimos de terceros, en el caso la industria farmacéutica y su actividad legítima. Considera además esta resolución que la orden tiene carácter de reglamento de desarrollo y ejecutivo.

#### Efectos *ad extra*

En el caso del SVS, la carta de la Directora de Farmacia es respaldada después por Acuerdo del Consejo de Dirección de esta entidad pública y por otra resolución posterior de la misma Dirección de Farmacia, actos contra los que acciona *Farmaindustria*, la patronal farmacéutica, al considerar que la carta surte efectos *ad extra* al incidir sobre derechos de las empresas farmacéuticas, de los pacientes y de los médicos, y que no se ha seguido el procedimiento de elaboración de disposiciones generales de carácter general.

En la nueva norma de precios de referencia (ver novedades en *ADS nº 213 / marzo 2014*) la prescripción por denominación comercial es posible siempre y cuando se respete el principio de mayor eficiencia para el sistema; pero si el medicamento prescrito tiene un precio superior al precio menor de su agrupación homogénea, el farmacéutico debe sustituirlo por el medicamento de precio más bajo de su agrupación homogénea, y, en caso de igualdad, dispensar el medicamento genérico.

#### Otras referencias de interés en ADS

*ADS nº 213 / Marzo 2014. Publicado el nuevo sistema de precios de referencia de medicamentos (claves de la norma).*  
*ADS nº 213 / Marzo 2014. Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de precios de referencia y de agrupaciones homogéneas de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, y determinados sistemas de información en materia de financiación y precios de los medicamentos y productos sanitarios.*  
*ADS nº 207 / Septiembre 2013. Suspensión cautelar de la subasta de equivalentes terapéuticos.*  
*ADS 209 / Noviembre 2013. El Supremo confirma la ilegalidad de fijar precios con medicamentos sin comercializar.*  
*ADS 203 / 2013. VALENCIA / Decreto Ley de actuaciones urgentes de eficiencia farmacéutica.*  
*ADS nº 197 / Octubre 2012, pág. 580. AN / Los medicamentos sin comercializar no fijan los precios de referencia (Audiencia Nacional, Sentencia de 26 septiembre de 2012).*

ADS nº 190 / febrero 2012, pág. 100. Nueva censura por fijar precios de referencia con fármacos no comercializados. ADS nº 187 / noviembre 2011, pág. 824. El Supremo avala el régimen transitorio de precios de medicamentos del 2007.

Ref. ADS 28/2015

Roj: STS 588/2015 - ECLI:ES:TS:2015:588  
Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sentencia del 24 de febrero de 2015  
Sede: Madrid. Sección: 4  
Nº de Recurso: 474/2013  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia  
Resolución distribuida por CENDOJ

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Febrero de dos mil quince. Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta del Tribunal Supremo constituida por los señores al margen anotados el presente recurso de casación con el número 474/13 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de FARMAINDUSTRIA, ASOCIACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA (FARMAINDUSTRIA) contra sentencia de fecha 21 de diciembre de 2012, dictada en el recurso 1014/2010 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco . Siendo partes recurridas EL GOBIERNO VASCO y EL SERVICIO VASCO DE SALUD.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**-La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor: "FALLO.- Con rechazo de la inadmisibilidad pretendida por la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco , DESESTIMANDO el recurso 1014/2010 interpuesto por FARMAINDUSTRIA (Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica) contra: 1.- La Carta de 2 de junio de 2010 de la Directora de Farmacia del Departamento de Sanidad y Consumo del Gobierno Vasco y del Director de Asistencia Sanitaria de Osakidetza, con la que, en el ámbito de la decisión del Departamento de Sanidad y Consumo y Osakidetza de fomento de la prescripción de genéricos dirigida a reducir el gasto farmacéutico, se trasladó la decisión de pasar todas las prescripciones de Osabide-AP de cuatro medicamentos a prescripción por principio activo, precisando que el cambio efectivo lo sería a partir del 14 de junio de 2010, medicamentos que eran: Atorvastina, Clopidogrel, Risedronato Semanal y la Asociación Losartán-Hidroclorotiazida. 2.- El Acuerdo de 7 de junio de 2010 del Consejo de Dirección del Departamento de Sanidad y Consumo y 3.- La resolución de 22 de junio de 2010 de la Directora de Farmacia del Departamento de Sanidad y Consumo. DEBEMOS: 1º.-Declarar la conformidad

a derecho de los actos recurridos, que por ello confirmamos, con desestimación de las pretensiones ejercitadas en la demanda. 2º.- No efectuar expreso pronunciamiento en cuanto a las costas".

**SEGUNDO.**-Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de Farmaindustria, presentó escrito ante la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, preparando el recurso de casación contra la misma. Por Diligencia de Ordenación la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

**TERCERO.**-Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la parte recurrente, se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, expresando los motivos en que se funda y suplicando a la Sala: "... dicte Sentencia por la que, con estimación del presente recurso de casación, case la Sentencia impugnada y estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por mi mandante".

**CUARTO.**-Con fecha 8 de marzo de 2013 la representación procesal del Servicio Vasco de Salud, presentó escrito solicitando la inadmisión del recurso de casación interpuesto, asimismo con fecha 15 del mismo mes y año lo hizo la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dichas solicitudes fueron resueltas por Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 23 de mayo de 2013 , en el que se acuerda: "Primero.- No acceder a la solicitud de inadmisión del recurso propuesta por las recurridas, Comunidad Autónoma del País Vasco y Servicio Vasco de Salud. Segundo.- Declarar la admisión a trámite del recurso de casación interpuesto por FARMAINDUSTRIA contra la Sentencia 713/2012, de 21 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco , dictada en el procedimiento ordinario 1040/2010...".

**QUINTO.**-Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a las partes recurridas para que en el plazo de treinta días, formalizaran escrito de oposición, lo que realizó la representación procesal de la Administración General del País Vasco, suplicando a la Sala tenga por formulada oposición al recurso de casación interpuesto, con expresa condena en costas al recurrente.

Asimismo la representación procesal del Servicio Vasco de Salud formuló escrito de oposición en el que suplica a la Sala dicte sentencia por la que se desestime el recurso de casación interpuesto, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

**SEXTO.**-Evacuado dicho trámite, se dieron por concluidas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 17 de febrero de 2015, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, Magistrado de la Sala

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**-El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de Farmaindustria (Asociación

Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica) contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de diciembre de 2012.

Los antecedentes del asunto son como sigue. Mediante carta de 2 de junio de 2010, la Directora de Farmacia de la Comunidad Autónoma del País Vasco informó a los profesionales del Servicio Vasco de Salud de la necesidad prioritaria de promover el uso racional de los medicamentos; y, en este contexto, les comunicó que cuatro medicamentos (Atorvastina, Clopidogrel, Risedronato Semanal y Losartán-Hidroclorotiazida) quedaban sustituidos en el sistema informatizado de prescripción del Servicio Vasco de Salud por los correspondientes genéricos. Para dichos medicamentos se establece, en otras palabras, la prescripción por principio activo. Es importante señalar que la carta de 2 de junio de 2010 prevé la posibilidad de que excepcionalmente los profesionales del Servicio Vasco de Salud prescriban medicamentos de marca, siempre que presenten un informe justificado sobre las necesidades del concreto paciente y dicho informe sea aprobado por la Dirección Médica.

Las medidas adoptadas por la referida carta de 2 de junio de 2010 fueron dadas por buenas mediante acuerdo del Consejo de Dirección del Departamento de Sanidad y Consumo de 7 de junio de 2010. Además, por resolución de la Directora de Farmacia de 22 de junio de 2010 se desestimó el requerimiento formulado por Farmaindustria al amparo del art. 30 LJCA, a fin de que cesase la exclusión de los arriba mencionados medicamentos del sistema informatizado de prescripción.

Disconforme con todo ello, acudió Farmaindustria a la vía jurisdiccional, impugnando tanto la carta de la Directora de Farmacia de 2 de junio de 2010, como el acuerdo del Consejo de Dirección del Departamento de Sanidad y Consumo de 7 de junio de 2010 y la resolución de la Directora de Farmacia de 22 de junio de 2010. La sentencia ahora impugnada desestima el recurso contencioso-administrativo.

**SEGUNDO.**-Se basa este recurso de casación en dos motivos, formulados al amparo del art. 88.1.d) LJCA. En el motivo primero, se alega infracción del art. 21 LRJ-PAC y de la jurisprudencia, en relación con otros preceptos concordantes del citado texto legal. Sostiene la recurrente que, contrariamente a lo que afirma la sentencia impugnada, la carta de la Directora de Farmacia de 2 de junio de 2010 no es una instrucción dirigida por un superior jerárquico a sus subordinados, sino que tiene naturaleza sustancialmente reglamentaria; y ello porque surte efectos *ad extra*, al incidir sobre los derechos e intereses de las empresas farmacéuticas, así como de los pacientes y los médicos. Partiendo de este presupuesto, dice la recurrente que no se ha seguido el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, por lo que se estaría en el supuesto de nulidad de pleno derecho contemplado en el art. 62.1.e) LRJ-PAC.

En el segundo motivo, se alega infracción de los arts. 24, 85 y 89 de la Ley 29/2006, sobre garantía y uso racional de los medicamentos. El argumento de la recurrente es que la valoración por la Dirección Médica exigida para poder prescribir excepcionalmente medicamentos de marca constituye una "reserva singular", que los preceptos legales mencionados configuran como competencia del Ministerio de Sanidad y, por tanto, no puede ser establecida por la Administración autonómica.

**TERCERO.**-Para enfocar correctamente los reproches que la recurrente dirige a la sentencia impugnada, es conveniente tomar como punto de partida lo dispuesto por el art. 85 de la

Ley 29/2006: "Las Administraciones sanitarias fomentarán la prescripción de los medicamentos identificados por su principio activo en la receta médica."

Es cierto que este precepto legal no impone un deber taxativo e ineludible de que todas las prescripciones de medicamentos de los servicios públicos de salud se hagan por principio activo, es decir, por medicamentos genéricos. Más que una regla precisa, el art. 85 de la Ley 29/2006 recoge un principio o directriz que debe orientar la actuación de los profesionales en los servicios públicos de salud. Ello significa que, si bien no queda radicalmente excluida la posibilidad de prescribir medicamentos de marca, los servicios públicos de salud deben prescribir medicamentos genéricos en la mayor medida posible.

Que el art. 85 de la Ley 29/2006 vincula a todas las Administraciones sanitarias, incluido el Servicio Vasco de Salud, está fuera de discusión. Debe concluirse, así, que el mencionado Servicio Vasco de Salud dispone de base legal suficiente para adoptar medidas tendentes a que sus prescripciones de medicamentos se hagan preferentemente por principio activo. Más aún, al adoptar tales medidas está dando cumplimiento a un mandato legal.

**CUARTO.**-Una vez sentado lo anterior, es posible ya abordar el motivo primero de este recurso de casación. Disponer de base legal para adoptar medidas como las contenidas en la carta de la Directora de Farmacia de 2 de junio de 2010 no prejuzga, como es obvio, la naturaleza de la mencionada carta. Para dilucidar si ésta tiene carácter de reglamento o carácter de instrucción u orden de servicio, no basta haber comprobado que la finalidad perseguida es, en principio, ajustada a la ley. Es necesario examinar el alcance de lo establecido en dicha carta, porque, si efectivamente se regulasen derechos y deberes de terceras personas, se trataría de una disposición reglamentaria y habría debido ser elaborada siguiendo el correspondiente procedimiento.

La sentencia impugnada entiende que la carta de la Directora de Farmacia de 2 de junio de 2010 impone criterios vinculantes a los profesionales del Servicio Vasco de Salud en lo relativo a la prescripción de determinados medicamentos y que, por ello, se trata de un instrumento de dirección jerárquica que agota su eficacia en el seno de la organización administrativa. Así, al ser una instrucción en el sentido del art. 21 LRJPAC, su aprobación no había de ajustarse al procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general.

Frente a esta visión del tema no resulta convincente argüir, como hace la recurrente, que la carta de la Directora de Farmacia de 2 de junio de 2010 surte efectos *ad extra*, afectando a derechos e intereses de terceras personas. Incluso pasando por alto que es muy dudoso que Farmaindustria pueda invocar la lesión de unos pretendidos intereses de los médicos y los pacientes para fundar su impugnación, debe en todo caso señalarse que las empresas farmacéuticas no ostentan un derecho a impedir que las prescripciones de medicamentos de los servicios públicos de salud deban hacerse preferentemente por principio activo. Ninguna de las normas invocadas por la recurrente permite pensar que los profesionales de los servicios públicos de salud gozan de libertad omnimoda para prescribir el medicamento de marca que tengan por conveniente, ni que las empresas farmacéuticas -por esa vía indirecta- tengan un derecho o interés legalmente tutelado a que los medicamentos de marca por ellas producidos puedan ser libremente prescritos por los referidos servicios públicos de salud. La conclusión que debe extraerse de todo ello es que la carta de la Directora de Farmacia

de 2 de junio de 2010 -al igual que los actos administrativos que la confirman- no afecta a derechos o intereses legítimos de terceras personas, sino que es una mera instrucción u orden de servicio tal como atinadamente afirma la sentencia impugnada. Más aún, la mencionada carta no recoge ninguna auténtica innovación normativa con respecto al art. 85 de la Ley 29/2006, limitándose a darle cumplimiento con respecto a determinados medicamentos. Al no introducir ninguna nueva norma, ni siquiera de detalle o desarrollo, no cabe afirmar que se trate de un reglamento.

**QUINTO.**-En cuanto al motivo segundo, no puede correr mejor suerte. Las “reservas singulares” a que hace referencia la recurrente tienen lugar, de conformidad con los arts. 24 y 89 de la Ley 29/2006, cuando se somete a especial autorización “medicamentos que así lo requieran por su naturaleza o características, así como sus condiciones generales de prescripción y dispensación”. Y ello es competencia del Ministerio de Sanidad.

En la carta de la Directora de Farmacia de 2 de junio de 2010, como queda dicho, se prevé que excepcionalmente puedan prescribirse medicamentos con marca siempre que ello esté justificado en el caso concreto a juicio de la Dirección Médica. Pues bien, ver en esta excepción al criterio general una reserva singular en el sentido de los arts. 24 y 89 de la Ley 29/2006, tal como hace la recurrente, carece de fundamento. No consta que la prescripción y dispensación de los principios activos de los medicamentos que son objeto del presente proceso estén sometidas a una especial autorización del Ministerio de Sanidad. La mencionada carta sólo establece que, en el seno del Servicio Vasco de Salud, su prescripción por medicamento de marca habrá de estar justificada caso por caso.

**SEXTO.**-Con arreglo al art. 139 LJCA, la desestimación del recurso lleva aparejada la imposición de las costas a la recurrente, que, habida cuenta de las características del asunto, quedan fijadas en un máximo de 2.000 # por todos los conceptos para cada una de las partes recurridas.

#### FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Farmaindustria (Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica) contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de diciembre de 2012, con imposición de las costas a la recurrente hasta un máximo de 2.000 # por todos los conceptos con respecto a cada una de las partes recurridas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Segundo Menendez Perez

D. Luis María Díez-Picazo Giménez Dª María del Pilar Teso Gamella D. José Luis Requero Ibañez D. Jesús Cudero Blas D. Ramon Trillo Torres **PUBLICACIÓN.**-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Luis María Díez-Picazo Giménez, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.

## INTERESES DE TERCEROS

### Anulada la Comisión de Evaluación del Medicamento de Aragón

**ADS.** El *Tribunal Supremo* confirma la sentencia estimatoria del recurso de *Farmaindustria* contra la *Orden de 22 de octubre de 2009, de la Consejería de Salud y Consumo, por la que se regula la constitución y funcionamiento de la Comisión de Evaluación del Medicamento de los hospitales del Sistema Sanitario Público en Aragón.*

El *Tribunal Superior de Justicia de Aragón* había declarado la nulidad de pleno derecho de la norma porque se aprobó sin informe previo del *Consejo Consultivo de Aragón* y sin trámite de audiencia, requisitos exigidos por varias leyes autonómicas.

El motivo de nulidad reside no tanto en la creación de la Comisión, sino en el procedimiento de inclusión de medicamentos en una guía de prescripción hospitalaria que afecta a intereses de terceros, en concreto a beneficiarios, fabricantes y facultativos.

Este criterio del *Tribunal Superior de Justicia de Aragón* es frontalmente opuesto al de otra sentencia del Supremo publicada en este número de *Actualidad del Derecho Sanitario -Farmaindustria* contra *Servicio Vasco de Salud*- que interpreta que las medidas de priorización de la prescripción por principio activo tienen efectos internos sobre la organización y no sobre terceros.

En el proceso seguido contra la Comunidad Autónoma de Aragón, el alto tribunal declara -en una sentencia cuyo ponente es JOSÉ LUIS REQUERO IBÁÑEZ- que la misión evaluadora e informativa de guías farmacológicas y farmacoterapéuticas basadas en la evidencia científica es especialmente relevante (artículos 75.2 y 75.4 de la *Ley 29/2006*) para los profesionales del Sistema Nacional de Salud, lo

que se posibilita a través de las comisiones técnicas hospitalarias (funciones éstas previstas en la *Ley 4/1999 de Ordenación Farma-céutica de Aragón*).

### Procedimiento de inclusión de fármacos

La orden impugnada concreta la oferta de medicamentos hospitalaria mediante dos procedimientos de propuesta y aprobación por las comisiones de farmacia hospitalaria y por la Comisión de Evaluación, el ordinario y el de urgencia, que finaliza con un acto de la Consejería autorizando o denegando la propuesta de utilización de un nuevo medicamento o de reutilización de los ya autorizados.

Como paso final, se crea un registro de medicamentos incorporados al sistema informático que recoge la Guía unificada a la que tiene acceso todos los centros sanitarios.

### Norma con efectos sobre la industria

Como primera consideración, el Supremo interpreta que *Farmaindustria* tiene un interés legítimo en impugnar la norma porque afecta a la comercialización de medicamentos, y porque su impugnación le reportará beneficios en cuanto afecta a la actividad industrial de las empresas asociadas a la patronal.

A continuación, se pronuncia sobre la naturaleza de la orden, ya que la sentencia impugnada considera que es un reglamento ejecutivo o de desarrollo con efectos sobre terceros. El alto tribunal destaca que tiene carácter de reglamento interno u organizativo, lo que no excluye que sea ejecutivo o que afecte a los derechos de los administrados, aspecto que analiza la sentencia *TS 31 de mayo de 2011*.

El recurso de la Administración se desestima por el Supremo al considerar que lo que subyace en éste es la interpretación de una norma de ámbito autonómico sin interés casacional, “y aun cuando no fuera así”, porque la orden tiene carácter de reglamento de desarrollo del artículo 5.2 de la Ley

29/2006 al regular un procedimiento “en un aspecto referente al estatuto profesional de los facultativos del sistema sanitario público de Aragón mediante el que intervienen como interesados (...)”.

### Otras referencias de interés en ADS

*ADS nº 224 / Marzo 2014. El Supremo respalda la exclusión de marcas del sistema informático del SVS.*

*ADS nº 213 / Marzo 2014. Publicado el nuevo sistema de precios de referencia de medicamentos (claves de la norma).*

*ADS nº 213 / Marzo 2014. Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de precios de referencia y de agrupaciones homogéneas de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, y determinados sistemas de información en materia de financiación y precios de los medicamentos y productos sanitarios.*

*ADS nº 207 / Septiembre 2013. Suspensión cautelar de la subasta de equivalentes terapéuticos.*

*ADS 209 / Noviembre 2013. El Supremo confirma la ilegalidad de fijar precios con medicamentos sin comercializar.*

*ADS 203 / 2013. VALENCIA / Decreto Ley de actuaciones urgentes de eficiencia farmacéutica.*

*ADS nº 197 / Octubre 2012, pág. 580. AN / Los medicamentos sin comercializar no fijan los precios de referencia*

*(Audiencia Nacional, Sentencia de 26 septiembre de 2012).*

*ADS nº 190 / febrero 2012, pág. 100. Nueva censura por fijar precios de referencia con fármacos no comercializados.*

*ADS nº 187 / noviembre 2011, pág. 824. El Supremo avala el régimen transitorio de precios de medicamentos del 2007.*

*Ref. ADS 29/2015*

*Roj: STS 781/2015 - ECLI:ES:TS:2015:781  
Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sentencia de 3 de marzo de 2015.  
Sección: 4. Nº de Recurso: 904/2013  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ*

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Marzo de dos mil quince.

VISTO el recurso de casación registrado bajo el número 904/2013, interpuesto por el Letrado del Servicio Jurídico de la Comunidad Autónoma de Aragón, en la representación que por su cargo ostenta, contra la Sentencia de 12 de febrero de 2013 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el recurso contencioso-administrativo nº 10/2010 frente a la Orden de 22 de octubre de 2009, de la Consejería de Salud y Consumo, por la que se regula la constitución y funcionamiento de la Comisión de Evaluación del Medicamento de los hospitales del

Sistema Sanitario Público en Aragón. Ha sido parte recurrida FARMAINDUSTRIA, ASOCIACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FARMACEÚTICA, representado por la Procuradora doña Cristina Deza García y asistido de Letrado.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón se interpuso el recurso contencioso-administrativo 10/2010 frente a la Orden de 22 de octubre de 2009, de la Consejería de Salud y Consumo, por la que se regula la constitución y funcionamiento de la Comisión de Evaluación del Medicamento de los hospitales del Sistema Sanitario Público en Aragón (en adelante, SSPA).

**SEGUNDO.**-La citada Sección Primera dictó Sentencia de 12 de febrero de 2013 cuyo fallo dice literalmente:

*«Estimar el presente recurso nº 10/2010, interpuesto por Farmaindustria Asociación Nacional Empresarial de la industria farmacéutica y en consecuencia: Primero: Declarar la nulidad de pleno derecho de la disposición recurrida que se anula. Segundo: No hacer expresa imposición de las costas del presente recurso.»*

**TERCERO.**-Contra la referida Sentencia preparó recurso de casación el Letrado del Servicio Jurídico de la Comunidad Autónoma de Aragón en la representación que ostenta de la Administración de dicha Comunidad, que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón tuvo por preparado mediante Diligencia de ordenación de fecha 4 de marzo de 2013 en la que, al tiempo, ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**CUARTO.**-Emplazadas las partes y comparecidas en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, el Letrado del Servicio Jurídico de la Comunidad Autónoma de Aragón presentó el 5 de junio de 2013 escrito de interposición del recurso de casación basado en los siguientes motivos:

1º Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) por infracción del artículo 19 LJCA en relación con el artículo 69.b) del mismo texto legal y el artículo 19.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial (en adelante LOPJ) en relación con la Sentencia de 5 de noviembre de 2008 de esta Sala y demás jurisprudencia, en concreto la Sentencia de 31 de mayo de 2006.

2º Al amparo del artículo 88.1.d) LJCA y subsidiariamente, por infracción del artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/92) en relación con los artículos 2.2, 5.1 y 41 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, LGS), el artículo 88 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios (en adelante, Ley 29/2006) así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita y por infracción de la potestad de autoorganización de las Administraciones Públicas, consagrada por la doctrina jurisprudencial, en particular, la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto.

**QUINTO.**-Mediante diligencia de ordenación de 30 de sep-

tiembre de 2013 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, formalizara su escrito de oposición; lo que realizó la representación procesal de FARMAINDUSTRIA, ASOCIACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FARMACEÚTICA (en adelante FARMAINDUSTRIA), oponiéndose al recurso interpuesto porque, en esencia, su legitimación para recurrir la Orden impugnada se basa en un interés cualificado jurisprudencialmente y el motivo segundo de casación, en concreto, incurre en defectos de técnica casacional que deben determinar su desestimación.

**SEXTO.**-Conclusas las actuaciones, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez por providencia de 22 de diciembre de 2014 y se señaló este recurso para votación y fallo el día 24 de febrero de 2015, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez, Magistrado de la Sala quien expresa el parecer de la misma conforme a los siguientes

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** La Orden impugnada en la instancia regula tres aspectos. Primero, crea la Comisión de Evaluación del Medicamento en Aragón (en adelante, la Comisión de Evaluación), como órgano consultivo adscrito a la Consejería de Salud y Consumo y regula sus funciones, composición y funcionamiento; segundo, regula el procedimiento por el que los facultativos del SSPA pueden proponer la inclusión de nuevos medicamentos en los hospitales o para modificar lo ya incluidos y, tercero, elabora la Guía Farmacoterapéutica Unificada para los Hospitales del Sistema Sanitario Público de Aragón (en adelante, la Guía Unificada), en la que figuren todos los medicamentos incluidos en la oferta hospitalaria de dicho Sistema.

**SEGUNDO.** La Sentencia estimó el recurso porque la naturaleza de la Orden es la de reglamento ejecutivo o de desarrollo y no organizativo, a partir de lo cual deduce que se ha aprobado sin informe previo del Consejo Consultivo de Aragón y sin el trámite de audiencia. Tales trámites son exigibles para la elaboración de esos reglamentos ejecutivos o de desarrollo por el artículo 56.1.c) del Texto Refundido de la Ley del Presidente y del gobierno de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 3 de julio y el artículo 15 de la Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón.

**TERCERO.** La Sentencia advierte tal motivo de nulidad no tanto por crear la Comisión de Evaluación, sino al regular el procedimiento para la inclusión, mediante propuesta que se autoriza, de nuevos medicamentos en los hospitales del SSPA. A tal efecto prevé la creación de esa Guía Unificada en la que se incluye obligatoriamente todo medicamento que se vaya prescribir en los referidos hospitales, luego -entiende la Sentencia- no es una norma que se desenvuelva en el ámbito interno u organizativo, sino que afecta a los intereses de terceros, en concreto beneficiarios, fabricantes y facultativos.

**CUARTO.**-Las cuestiones litigiosas planteadas en la instancia y ahora en casación -legitimación de FARMAINDUSTRIA y la naturaleza de la Orden-, se entienden desde la comprensión del sistema de evaluación e inclusión de medicamentos en los hospitales del SSPA, lo que lleva a deslindar tal sistema como función

de lo que es su organización o gestión. Esta función evaluadora tiene su cobertura, ante todo, en la **Ley 29/2006**, y la regula en el Título VI, dedicado a ese uso racional de medicamentos y es distinta de la función de vigilancia o farmacovigilancia, que es de salud pública.

**QUINTO.**-El uso racional de los medicamentos implica múltiples políticas y funciones públicas, siendo las informativas especialmente relevantes. Así la **Ley 29/2006** atribuye a las Administraciones públicas la función de facilitar a los profesionales sanitarios -en general- información científica sobre los medicamentos (artículo 75.2), lo que implica promover « *la publicación de guías farmacológicas y/o farmacoterapéuticas para uso de los profesionales sanitarios* » ( artículo 75.4 ). Mediante esta función evaluadora se analiza, evalúa y valora la aportación terapéutica de los nuevos medicamentos a la oferta farmacéutica disponible en cada momento, sobre la base de la evidencia científica.

**SEXTO.**-Aparte de esa información destinada a todos los profesionales, para los del Sistema Nacional de Salud esa función concierne a sus propios profesionales ( artículo 5.2 **Ley 29/2006** ), tanto en Atención Primaria como Hospitalaria y Especializada. En ésta -que es la que ahora interesa- ordena la integración de las unidades o servicios de farmacia hospitalaria en las comisiones hospitalarias cuyo objeto sea selección y evaluación científica de los medicamentos y de su empleo [ artículo 82.2.c)]. En Aragón, ya la **Ley 4/1999**, de 25 de marzo, de Ordenación Farmacéutica , previó que los Servicios farmacéuticos en centros hospitalarios formen « *parte de las comisiones técnicas hospitalarias relacionadas con su área de conocimiento y, necesariamente, de aquellas en las que se estudie y realice la selección y evaluación científica de los medicamentos y productos de dietética y de nutrición artificial* » (artículo 34.8).

**SÉPTIMO.**-La Orden impugnada, en lo orgánico, crea la Comisión de Evaluación, que asume unas funciones que se ejercían por las distintas Comisiones de Farmacia y Terapéutica en las que, como se ha dicho ya, se integraban los Servicios farmacéuticos de los centros hospitalarios regulados por el Reglamento de los Servicios de Farmacia Hospitalaria, aprobado por Decreto 286/2003, de 18 de noviembre. Además la Orden regula cómo se organiza y gestiona esa función evaluadora y cuál es el procedimiento para la inclusión de nuevos medicamentos -o la reevaluación de los ya incluidos- en la oferta hospitalaria del SSPA, de ahí que prevea elaborar la Guía Unificada antes citada, a la que deberán ajustarse las guías de los distintos hospitales del SSPA.

**OCTAVO.**-En lo que ahora interesa la Orden regula ese procedimiento para autorizar la inclusión de un medicamento en esa Guía Unificada en que se concreta la oferta de medicamentos en el sistema hospitalario aragonés. Regula dos procedimientos, uno ordinario y otro de urgencia, si bien el ordinario es el que se toma ahora como referencia y que se expone muy en resumen en sus aspectos más relevantes ( cf. artículos 7 , 9 y 10 ):

1º El procedimiento se inicia a propuesta de un facultativo especialista de Área de los hospitales del SSPA, individualmente o a través de las unidades en que se integre. A tal efecto la Orden recoge en el Anexo I el cuestionario que debe rellenar el facultativo proponente.

2º La propuesta se tramita a través de las Comisiones de Farmacia y Terapéutica de los centros a los que pertenezca el facultativo proponente que, en su caso, la admitirán a trámite o requerirán al proponente que subsane posibles deficiencias. En

dichas Comisiones se integran los Servicios de Farmacia Hospitalaria.

3º Estas Comisiones dirigirán las propuestas a la Dirección General de Planificación y Aseguramiento que tramitará un expediente para cada propuesta y remitirá la solicitud a la Comisión de Evaluación creada por la Orden.

4º La Comisión de Evaluación derivará la solicitud a los Servicios de Farmacia de los hospitales a los que pertenecen los facultativos especialistas en farmacia hospitalaria que forman parte de la Comisión de Evaluación, que emitirán un Informe Técnico de Evaluación de Nuevos Medicamentos, para lo cual se seguirá el modelo que figura en el Anexo II.

5º Esos informes técnicos, junto con la solicitud, se reenvían desde esos Servicios de Farmacia a la Comisión de Evaluación que elabora un Informe de aceptación o denegación de la inclusión de nuevos medicamentos en la Guía Unificada o de modificación de los ya incluidos.

6º Si el informe de la Comisión de Evaluación es favorable, debe reflejar el resultado de la valoración que se haya hecho sobre la eficacia, efectividad, eficiencia, seguridad y utilidad del medicamento evaluado, sobre las repercusiones organizativas y económicas de su implantación, así como, en su caso, la comparación de su utilidad respecto a otros medicamentos ya existentes en la Guía Unificada o, en su defecto, en las guías farmacoterapéuticas de los diferentes hospitales del Sistema.

7º El informe es analizado por la Dirección General de Planificación y Aseguramiento que eleva una propuesta al titular de la Consejería, que dicta la resolución que proceda, que se notificará al solicitante y a la Dirección, Comisión de Farmacia y Terapéutica y Servicio de Farmacia Hospitalaria del centro de que se trate.

8º Ese procedimiento finaliza con un acto de la Consejería autorizador o denegatorio de la propuesta de utilización de un nuevo medicamento o de reevaluación de los ya incluidos. La decisión que se adopte se notifica al proponente o solicitante y, antes, si la propuesta de resolución es denegatoria o incluye restricciones importantes, se da un plazo al solicitante o proponente para que haga alegaciones.

9º Si la resolución es favorable a la incorporación del nuevo medicamento propuesto o a la modificación de los ya incluidos, se aplicará en todos los centros y unidades del SSPA que sean afectados por las mismas.

Además debe recoger las condiciones de utilización y « *para algunos medicamentos* » debe recoger en qué Unidades Clínicas del Sistema estarán disponibles o van a poder ser utilizados y a qué medicamentos o grupo de medicamentos pueden sustituir.

10º A tal efecto se crea un Registro de nuevos medicamentos para incorporar en los hospitales del SSPA que consiste en un sistema de información de la Guía Unificada al que tienen acceso los centros sanitarios, los profesionales facultativos especialistas de área que trabajen en los mismos y los profesionales que trabajan en el ámbito de la atención primaria.

**NOVENO.**-Expuesto lo que antecede, como primer motivo de casación se invoca la infracción del artículo 19.1.b) de la LJCA al aceptar la Sentencia la legitimación de FARMINDUSTRIA. Este motivo se basa en el propio contenido autoorganizativo de la Orden frente al criterio seguido por la Sentencia que entiende, con tal entidad, que la regulación de la Orden no es indiferente a sus intereses comerciales desde el momento en regula la aprobación de una Guía Unificada cuyo fin es la inclusión obligatorias

de medicamentos que deban dispensarse.

**DÉCIMO.**-Sin necesidad de abundar en los estándares de legitimación activa, cabe admitir que a una entidad que agrupa a mercantiles integrantes de la industria farmacéutica, luego representa sus intereses, no le resulta indiferente la Orden impugnada. Téngase en cuenta que la Orden regula la organización y el procedimiento para evaluar e incluir los medicamentos evaluados o reevaluados en una Guía Unificada para su dispensación en el ámbito de los Hospitales del SSPA. La regulación que encierra la Orden recae sobre medicamentos, luego hay que entender que afecta a los que comercializan sus miembros.

**UNDÉCIMO.**-En este caso cabe apreciar un interés legitimador en relación con el objeto de la pretensión anulatoria respecto de una Orden que organiza tal función evaluadora de medicamentos comercializados y dispensados en hospitales del SSPA. Hay que deducir que le reportará un beneficio la impugnación de una norma que reputa ilegal y que afecta al objeto de la actividad industrial de sus miembros en cuanto que puede limitar el número de presentaciones prescribibles en el ámbito hospitalario público. No resulta, por tanto, extravagante que FARMACIA INDUSTRIAL reaccione frente a una Orden que considera ilegal, ya sea por infracción del procedimiento para su elaboración, ya sea por su contenido.

**DUODÉCIMO.**-El segundo motivo de casación invocado al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA plantea la naturaleza de la Orden. La Sentencia impugnada entiende que es de desarrollo y llega a tal conclusión con base en tres razonamientos:

1º Cita una Sentencia del mismo Tribunal que, a su vez, se remita a la jurisprudencia de esta Sala, según la cual reglamento ejecutivo o de desarrollo es el ligado a una **ley**, en todo o en parte, y que completa, pormenoriza, desarrolla, concreta o ejecuta como complemento necesario de la misma.

2º Afirma que “no alberga duda” de que la Orden impugnada es un reglamento de desarrollo o ejecutivo porque « *desarrolla diferente normativa estatal...en materia de prestación farmacéutica, materia regulada entre otras en la Ley ya citada 29/2006* ».

3º Finalmente razona que afecta a terceros pues si « *impone la obligación de que todo medicamento que se quiera prescribir, deba estar incluida en una guía, es claro que no está dictando una norma meramente organizativa, sino más bien al contrario una norma que afecta a derechos de terceros* »: pacientes, fabricante y profesionales.

**DÉCIMO TERCERO.**-La Administración recurrente alega que la Sentencia infringe los artículos 2.2, 5.1 y 41 de la LGS y el artículo 88 de la **Ley 29/2006**. Tales preceptos regulan lo que sigue:

1º El artículo 2.2 de la LGS prevé que « *Las Comunidades autónomas podrán dictar normas de desarrollo y complementarias de la presente ley en el ejercicio de las competencias que les atribuyen los correspondientes Estatutos de autonomía* ».

2º El artículo 5.1 de la LGS prevé que « *Los Servicios públicos de salud se organizarán de manera que sea posible articular la participación comunitaria a través de las Corporaciones territoriales correspondientes en la formulación de la política sanitaria y en el control de su ejecución* ».

3º El artículo 41 de la LGS prevé que « *las Comunidades autónomas ejercerán las competencias asumidas en sus Estatutos y las que el Estado les transfiera o, en su caso, les delegue* » y que tendrán atribuidas « *las decisiones y actuaciones públicas pre-*

*vistas en esta ley que no se hayan reservado expresamente al Estado* » se entenderán atribuidas a las Comunidades autónomas.

4º Finalmente, el artículo 88 de la **Ley 29/2006** -que regula el principio de igualdad territorial y el procedimiento coordinado- es invocado por la Administración recurrente en el encabezamiento de este segundo motivo de casación, pero no es objeto de desarrollo posterior.

**DÉCIMO CUARTO.**-Poco cabe deducir de esos preceptos respecto de la naturaleza de la Orden pues se limitan a apoderar a las Comunidades Autónomas, bien para desarrollar la LGS, bien para que la organización de los Servicios públicos de salud permita la participación comunitaria. Que esos preceptos son ajenos a lo litigioso se comprueba al desarrollar este motivo de casación y tras citarlos ya no tiene otra salida argumentativa que invocar la jurisprudencia que habría infringido la Sentencia recurrida sobre los llamados reglamentos internos, independientes u organizativos, lo que pasa a concretar contrastando esa jurisprudencia con la Orden, a diferencia de lo que hizo en un caso análogo (cf Sentencia de este Tribunal de 17 de febrero de 2010, recurso de casación 1854/2008).

**DÉCIMO QUINTO.**-Sobre tal punto, este Tribunal en Sentencia de 31 de mayo de 2011 (recurso de casación 5345/2009) entre otras, ha identificado a los reglamentos ejecutivos con arreglo a la jurisprudencia que también cita la parte recurrente; lo mismo ocurre con los organizativos o internos, que esa Sentencia -a la que también se remite la recurrente- identifica con los que ordenan las competencias y la organización de los servicios administrativos. Esto no excluye que puedan afectar a los derechos de los administrados si se integran de una u otra manera en la estructura administrativa ni que sean ejecutivos.

**DÉCIMO SEXTO.**-Centrado así este motivo se desestima por las siguientes razones. Por una parte porque lo que subyace en él es la interpretación de la normativa autonómica, tanto el Texto Refundido de la **Ley** del Presidente y del Gobierno de Aragón como la **Ley** del Consejo Consultivo de Aragón. Además tales preceptos y la jurisprudencia que cita deben relacionarse con las normas que regulan la función evaluadora en el ámbito del SSPA: el artículo 34.8 de la **Ley** aragonesa 4/1999 y el Reglamento de los Servicios de Farmacia Hospitalaria, normas ambas antes citadas; tal aspecto tiene relevancia a los efectos del artículo 84.6 de la LJCA.

**DÉCIMO SÉPTIMO.**-No obstante y aun cuando no fuera así, de la Orden se deduce un contenido de desarrollo por lo que sigue:

1º Porque su cobertura última -luego la norma que desarrollaría- sería el artículo 5.2 **Ley 29/2006** según el cual los facultativos del SSPA, como los demás del Sistema Nacional de Salud, « *tienen el derecho a participar y el deber de colaborar con las Administraciones sanitarias en la evaluación y control de medicamentos y productos sanitarios* ».

2º Lo anterior explica que la Orden suponga algo más que una reordenación de los órganos que intervienen en la función evaluadora, que de un sistema de evaluación disperso se vaya a otro concentrado: regula un procedimiento en un aspecto referente al estatuto profesional de los facultativos del SSPA, mediante el que intervienen como interesados, hasta el punto de que se les notifica la resolución y pueden hacer alegaciones en caso de que no se autorice su propuesta.

**DÉCIMO OCTAVO.**-Desestimado el recurso de casación, procede imponer las costas a la parte recurrente de conformidad

con el artículo 139.2 de la LJCA , para lo cual en la tasación que se efectúe no podrá excederse la cantidad de 4000 euros por todos los conceptos.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

#### FALLAMOS

**PRIMERO.**-Que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN** , contra la Sentencia de 12 de febrero de 2013 dictada en el Procedimiento Ordinario 10/2010 por la

Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón , Sentencia que se confirma.

**SEGUNDO.**-Se hace imposición de costas en los términos expuestos en el último de los Fundamentos de Derecho de esta Sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Segundo Menendez Perez, D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D<sup>a</sup> Maria del Pilar Teso Gamella D. Jose Luis Requero Ibañez D. Jesus Cudero Blas D. Ramon Trillo Torres **PUBLICACIÓN.**-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Jose Luis Requero Ibañez, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.

## UNIÓN EUROPEA

**Directrices sobre distribución de principios activos de medicamentos**

**ADS.** La Comisión Europea ha publicado *Directrices sobre prácticas correctas de distribución de principios activos para medicamentos de uso humano* en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (DOUE) del 21 de marzo de 2015.

Constituyen una orientación sobre prácticas correctas de distribución para importadores y distribuidores de principios activos destinados a medicamentos de uso humano.

Estas normas complementan las normas de distribución que figuran en las directrices de *EudraLex*, volumen 4, parte II, y se aplican también a los distribuidores de principios activos que ellos mismos fabrican. Se aplican requisitos adicionales a las operaciones de importación de principios activos, según lo establecido en el artículo 46 ter de la Directiva 2001/83/CE. Los distribuidores de principios activos para medicamentos de uso humano seguirán estas directrices a partir del 21 de septiembre de 2015.

Los distribuidores de principios activos crearán y mantendrán un sistema de calidad que establezca responsabilidades, procesos y principios de gestión del riesgo. En *EudraLex*, volumen 4, parte III, pueden encontrarse ejemplos de los procesos y la aplicación de la gestión de riesgos para la calidad: documentos relativos a prácticas correctas de fabricación, directriz Q9 de la Conferencia Internacional sobre Armonización (ICH) relativa a la gestión de riesgos para la calidad (ICH Q9).

Los principios activos solo podrán ser suministrados en la UE por distribuidores registrados de conformidad la Directiva 2001/83/CE a otros distribuidores, a fabricantes o a farmacias.

## USO HUMANO

**Directrices UE de evaluación de riesgos en la fabricación de excipientes de fármacos**

**ADS.** El DOUE del 21 de marzo de 2015 publica las *Directrices sobre la evaluación formal de riesgos a efectos de determinar las prácticas correctas de fabricación apropiadas para los excipientes de medicamentos de uso humano*.

Las nuevas Directrices exigen al titular de la autorización de fabricación que garantice que los excipientes son aptos para su uso en un medicamento mediante la determinación de cuáles son las prácticas correctas de fabricación apropiadas.

Dicha determinación se basará en una evaluación formal de riesgos con arreglo a las presentes directrices. La evaluación de riesgos tendrá en cuenta los requisitos exigidos por otros sistemas de calidad apropiados así como el origen y uso previsto de los excipientes e incidentes previos de defectos de calidad.

El titular de la autorización de fabricación deberá garantizar que se apliquen las prácticas correctas de fabricación que se hayan determinado y deberá documentar las medidas adoptadas.

Los titulares de autorizaciones de fabricación deben disponer, in situ, de documentación sobre la evaluación y gestión de riesgos de prácticas correctas de fabricación apropiadas para los excipientes, a fin de que los inspectores de tales prácticas puedan revisarla. Debe estudiarse la posibilidad de compartir con el fabricante del excipiente la información pertinente de la evaluación de riesgos, a fin de mejorar continuamente. A más tardar el 21 de marzo de 2016, debe llevarse a cabo, conforme a las presentes directrices, una evaluación de los riesgos de los excipientes destinados a medicamentos de uso humano autorizados.

## ADAPTACIÓN INTERNACIONAL

**Sanidad actualiza la lista de enfermedades de declaración obligatoria**

**ADS.** El *Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad* ha publicado la norma que adapta la lista de enfermedades de declaración obligatoria a patrones epidemiológicos actuales, de acuerdo con cambios observados en patrones de enfermedades transmisibles de ámbito nacional e internacional (*BOE del 17 de marzo de 2015*).

Esta adaptación se lleva a cabo a través de la *Orden SSI/445/2015, de 9 de marzo, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, relativos a la lista de enfermedades de declaración obligatoria, modalidades de declaración y enfermedades endémicas de ámbito regional*. La finalidad de la Orden es modificar la lista de enfermedades de declaración obligatoria, sus modalidades de declaración y las enfermedades de ámbito regional.

**Modalidades de declaración**

El anexo I contiene la lista de enfermedades de declaración obligatoria, el anexo II recoge las modalidades de la declaración de enfermedades y el anexo III las enfermedades endémicas de ámbito regional. En la lista del Anexo 1 figuran, entre 60 enfermedades, las fiebres hemorrágicas víricas (Ébola, Marburg y Lassa). Entre las enfermedades de declaración urgente destacan cólera, gripe humana por un nuevo subtipo de virus, SARS (en español: Síndrome Respiratorio Agudo Grave), fiebre amarilla, fiebre del Nilo occidental, fiebres hemorrágicas víricas, peste, rabia, difteria, poliomielitis/parálisis flácida aguda en menores de 15 años y viruela. La enfermedad de *Lyme* se considera una enfermedad endémica de ámbito regional.

## MÉRITO EN CONCURSOS

**Castilla La Mancha impulsa la farmacia rural en su ley de servicios farmacéuticos**

**ADS.** La modificación de la *Ley de Ordenación de Servicios Farmacéuticos de Castilla La Mancha (DOCLM, 27 de febrero de 2015)* impulsa la farmacia rural en los municipios más pequeños o aislados.

La *Ley 2/2015, de 19 de febrero, por la que se modifica la Ley 5/2005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha*, que se ha aprobado con amplio consenso profesional, es la quinta ley sociosanitaria aprobada en la legislatura. Su objetivo es reforzar los incentivos para favorecer la permanencia de las farmacias en el medio rural, mejorar la planificación farmacéutica, fomentar la política de uso racional de medicamentos y adaptar la normativa regional a los cambios de diversas normas de ámbito estatal.

Como la permanencia de las boticas en el medio rural se ve condicionada por el bajo número de residentes en el entorno, la ley reordena el servicio para favorecer su establecimiento y sostenibilidad. Se modifica el procedimiento para la planificación de nuevas oficinas de farmacia, mediante la consideración preferente como mérito en los concursos del ejercicio en el medio rural. Las funciones de la oficina de farmacia se amplían, y se exige una mayor coordinación con el equipo multidisciplinar que interviene en el proceso terapéutico.

La ley aclara las obligaciones profesionales en relación con funciones y requisitos del servicio, y las excepciones a la regla general de dedicación exclusiva del farmacéutico titular por motivos personales o profesionales, con el fin de dar mayor seguridad jurídica en su aplicación. Según su consejero de Sanidad, Ignacio Echániz, se ha buscado la defensa del modelo de farmacia español y se ha resuelto el problema de los impagos a las farmacias.

### **La negativa a inscribir niños nacidos por vientre de alquiler no vulnera derechos ADS.**

Un Auto de la *Sala Civil del Tribunal Supremo* notificado el 11 de febrero declara que la negativa a la inscripción de niños nacidos por vientre de alquiler en el extranjero como hijos de quienes promueven su nacimiento no vulnera sus derechos.

El Auto deniega el recurso de nulidad de una pareja valenciana contra una sentencia de la misma Sala, y recuerda que la Ley de Reproducción Asistida considera nulo el contrato de gestación por sustitución determinando la filiación materna por el parto.

### **Penalización a las CCAA si el gasto farmacéutico es superior al PIB**

ADS. El Partido Popular quiere fijar por ley que el gasto público de medicamentos no crezca por encima del producto interior bruto (PIB) y que el incumplimiento de esta norma se penalice, según una enmienda al Proyecto de *Ley Orgánica de Modificación de Financiación de las Comunidades Autónomas*. La enmienda plantea un límite de gasto farmacéutico público para Comunidades Autónomas (CCAA), el Ingesa, Instituciones penitenciarias, y las mutuas de funcionarios civiles y judiciales.

La propuesta exige que las CCAA informen mensualmente del gasto farmacéutico mensualmente, ya que ahora sólo se hace en relación con medicamentos dispensados en oficinas de farmacia. El incumplimiento de las nuevas medidas conllevaría sanciones a las CCAA, que no podrían aprobar su propia cartera de servicios complementaria y quedarían condicionadas a las medidas que adopte la *Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos*.

### **Sanidad propone ocultar el precio financiado de los medicamentos**

ADS. La publicidad del precio de los medicamentos financiados por la sanidad pública crea distorsiones en el mercado europeo. En algunos casos, los precios de un mismo medicamento financiado en otras naciones de la Unión Europea son un 60 por ciento inferiores a los fijados en España. El Gobierno de España pretende proteger el sistema y que los precios públicos no sean objeto de publicidad, ya que esta situación afecta seriamente a la industria far-

maceútica. Esta iniciativa coincide casualmente con la retirada oficial por la *Comisión Europea* de la propuesta de directiva de transparencia de precios financiados en la Unión Europea.

### **Medida cautelar / Pago automático de intereses a farmacias**

ADS. El juzgado nº 1 de Toledo ha estimado el recurso de 150 farmacéuticos que exigen el pago automático de intereses de demora por retraso en el abono de las facturas de mayo y junio de 2011.

La reclamación es una medida cautelar y complementaria al recurso presentado ante el *Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha* para que se declare el derecho a reclamar con efecto retroactivo, dado que los intereses en litigio se devengan con antelación a la *Ley de Morosidad del 2010*. La defensa de los farmacéuticos suscribe que existe jurisprudencia que reconoce el pago de intereses con antelación a esta ley.

En Valencia, el *Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1* empieza a aplicar el mismo criterio que el de Toledo como medida cautelar previa hasta que se adopta una solución sobre el fondo del asunto, al declarar la firmeza del Auto dirigido a la Consejería para que proceda al ingreso de forma automática.

### **Proyecto de Ley / Procedimiento único para la concesión de patentes**

ADS. El nuevo proyecto de ley de patentes establece un sólo procedimiento de concesión, con examen previo, que eliminaría el sistema dual actual y exigiría la acreditación de la novedad o la actividad inventiva.

La reforma eliminaría el procedimiento de concesión casi automática, en el que no se examina la concurrencia de estos requisitos. Se trata de las 'patentes débiles', que crean una restricción injustificada de la competencia, pues se concede un monopolio a invenciones que no son tales.

La industria de genéricos española reclama que el texto incluya protección para poder fabricar en España medicamentos y comercializar en países donde se aplique la patente, y que se mantenga la cláusula bolar.

### La AEMPS autoriza la compra directa de anestésicos locales a laboratorios

**ADS.** Una Resolución del 2 de marzo del 2015 de la *Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios* autoriza a profesionales de la medicina y la odontología la compra directa a laboratorios y mayoristas de anestésicos locales para anestesia dental. La propia resolución prevé que esta medida se pueda aplicar a otros fármacos en el futuro.

### La Asamblea Nacional de Francia aprueba la sedación terminal

**ADS.** La ley sobre el final de la vida, aprobada en la *Asamblea Nacional* de Francia y pendiente de su trámite final en el Senado, permitirá a pacientes conscientes que no responden a tratamientos optar por la sedación terminal. Ello incluye a los que están en una fase terminal irreversible como a los que son mantenidos artificialmente en vida. En el caso de que los pacientes no puedan expresar su voluntad será un equipo médico, de acuerdo con la familia, el que tome la decisión de aplicar la sedación terminal y la retirada de tratamientos de soporte vital. También se regula la figura del testamento vital y su registro.

### Proyecto de Real Decreto para la prescripción enfermera previa acreditación

**Redacción.** El Consejo Interterritorial (CI) ha sido informado del *Proyecto de Real Decreto que regula la Indicación, Uso y Autorización de Dispensación de Medicamentos y Productos Sanitarios por parte de los profesionales enfermeros*. Se trata de la norma que les habilita para indicar medicamentos o productos sanitarios que no necesitan receta o bien los de prescripción bajo determinados supuestos.

La futura norma establecerá la acreditación de los enfermeros para desarrollar estas actuaciones como requisito previo, por lo que se define este procedimiento de acreditación y el de validación de los protocolos y guías de práctica clínica cuando se trate de medicamentos de prescripción. Los protocolos serán elaborados y consensuados por equipos multidisciplinares (médicos y enfermeros). Con este proyecto se dotará de seguridad jurídica a los enfermeros y se dará respuesta a un compromiso que cuenta con un amplio consenso entre las profesiones sanitarias.

### Regulación de unidades de gestión clínica del Sistema Nacional de Salud

**ADS.** El otro proyecto que desarrolla los Pactos por la Sostenibilidad y la Calidad del Sistema Nacional de Salud, firmados en 2013, es el de Unidades de Gestión Clínica, que se comienza a tramitar, según fuentes ministeriales. La regulación parte de mantener al paciente como eje fundamental del sistema sanitario. Sobre esta base, pretende implicar al profesional que voluntariamente se adhiera a estas unidades, que suponen una nueva herramienta de gestión con autonomía y funcionamiento por procesos, de forma multidisciplinar y no por especialidad o patología. Este sistema supone una mayor implicación del profesional en la gestión, lo cual redundará en la mejora de los resultados.

**Registros de profesionales.** El Pleno del *Consejo Interterritorial* ha aprobado los principios generales de los *Registros Públicos de Profesionales de los Colegios y Consejos*, que complementarán el *Registro Estatal*, y ha acordado la tramitación de una iniciativa legislativa para el reconocimiento de la condición de autoridad pública en el ejercicio de sus funciones del personal de los servicios de salud.

**Venta de medicamentos en internet, a partir de julio.** En el ámbito de la farmacia, el Consejo Interterritorial estudia un informe sobre venta legal de medicamentos por internet mientras la *Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios* tramita un acuerdo con la Comisión Europea para la utilización en España de un Igotipo común que dará garantías a las farmacias y a los ciudadanos. El nuevo sistema empezará su funcionamiento el próximo mes de julio.

**Texto refundido de la ley del medicamento.** En el Pleno del CI se ha informado del *Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios*, que incluirá todas las modificaciones legislativas que ha sufrido la norma desde 2006.

Asimismo, se ha presentado el proyecto de Orden del *Ministerio de Empleo* de desarrollo del Real Decreto que regula la condición de Asegurado y Beneficiario con el objetivo de definir con mayor claridad los derechos de españoles de origen que han estado en el extranjero en relación a la asistencia sanitaria.

**UNIÓN EUROPEA****Distribución de principios activos**

Directrices de 19 de marzo de 2015 sobre prácticas correctas de distribución de principios activos para medicamentos de uso humano. DOUE C 95/2015, 21 de marzo.

**Evaluación de riesgos en fabricación de excipientes de medicamentos.** Directrices de 19 de marzo de 2015 sobre la evaluación formal de riesgos a efectos de determinar las prácticas correctas de fabricación apropiadas para los excipientes de medicamentos de uso humano. DOUE C 95/2015, 21 de marzo.

**Propiedades saludables de los medicamentos**

Reglamento (UE) 2015/402 de la Comisión, de 11 de marzo de 2015, que deniega la autorización de determinadas declaraciones de propiedades saludables de los alimentos distintas de las relativas a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños. DOUE 67, de 12/03/2015.

**BOE****Centro de referencia nacional**

Resolución de 16 de marzo de 2015, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y la Comunidad Foral de Navarra, para la creación del *Centro de Referencia Nacional en las áreas profesionales de Servicios y Productos Sanitarios y Atención Sanitaria de la familia profesional de Sanidad* en el ámbito de la formación profesional. BOE, 26 de marzo de 2015.

**Servicios sanitarios en zonas rurales**

Se han publicado Acuerdos de prórroga y actualización para el año 2015 de Convenios de colaboración entre distintas Comunidades Autónomas, la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas y la Mutualidad General Judicial, para la prestación en zonas rurales de determinados servicios sanitarios a los mutualistas y demás beneficiarios adscritos a entidades de seguro de asistencia sanitaria concertada con dichas mutualidades. BOE, 26 de marzo de 2015

**OPE 2015**

Se ha publicado el *Real Decreto 196/2015, de 22 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2015*. En anexos se relacionan las plazas de personal estatutario de la red hospitalaria de la Defensa, plazas de médicos forenses, de médicos inspectores, de médicos y farmacéuticos titulares, y de enfermeros de instituciones penitenciarias. BOE, 23 de marzo de 2015.

**Enfermedades de animales**

Resolución de 9 de marzo de 2015, de la Dirección General de Sanidad de la Producción Agraria, por la que se corrigen errores en la de 19 de febrero de 2015, por la que se publican los programas nacionales de erradicación, control y vigilancia de las enfermedades de los animales para el año 2015. BOE, 18 de marzo de 2015.

**Selección de interinos en sanidad penitenciaria**

Orden INT/455/2015, de 12 de marzo, por la que se convoca el proceso selectivo para la selección y nombramiento de personal funcionario interino del Cuerpo Facultativo de Sanidad Penitenciaria. BOE 17-03-15.

**Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica**

Orden SSI/445/2015, de 9 de marzo, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, relativos a las listas de enfermedades endémicas del ámbito regional. BOE 17-03-15.

**ANDALUCÍA****Medio ambiente y controles sanitarios**

Decreto-ley 3/2015, de 3 de marzo. Adapta la normativa andaluza en materia de calidad, evaluación y autorización ambientales a las leyes estatales 21/2013 de Evaluación Ambiental; 3/2014 de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas; y 5/2013 de modificación de la Ley 16/2002 de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

Regula, asimismo, el sentido del silencio administrativo en relación con los informes preceptivos en materia de aguas sobre los actos y planes con incidencia en el territorio de las distintas administraciones públicas y los controles sanitarios oficiales periódicos in situ a buques congeladores y buques factoría. BOJA del 11 de marzo.

**OPE 2015 en el SAS**

Decreto 96/2015 de 3 de marzo, por el que se aprueba la OPE para el año 2015 de los Centros Sanitarios del SAS. BOJA 5-03-15.

**Sanidad animal**

Decreto-ley 3/2015, de 3 de marzo, por el que se modifican las Leyes 7/2007, de 9 de julio, de gestión integrada de la calidad ambiental de Andalucía, 9/2010, de 30 de julio, de aguas de Andalucía, 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta de Andalucía y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros y se adoptan medidas excepcionales en materia de sanidad animal. BOJA, 11 de marzo de 2015.

## ARAGON

### **Estructura de áreas del Servicio de Salud**

Decreto 32/2015, de 9 de marzo. Se procede a la modificación de la vigente estructura de las áreas y sectores del Servicio Aragonés de Salud, en orden a una mejor ordenación de los servicios y una mejor distribución de su estructura territorial.

BOA 51/2015, 16 de marzo.

## BALEARES

### **Calidad y acreditación de centros y servicios sanitarios**

Decreto 8/2015, de 6 de marzo, de modificación del Decreto 46/2012, de 1 de junio, por el que se regula el marco de calidad de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, se crea la Comisión Autónoma de Acreditación de los Centros Sanitarios de las Illes Balears y se aprueba el Programa de Acreditación de Hospitales Generales.

BOIB 7 de marzo de 2015.

## CASTILLA Y LEÓN

### **Ayudas para adherencia a tratamientos con productos farmacéuticos**

Orden SAN/223/2015, de 17 de marzo, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas económicas para facilitar la adherencia a los tratamientos con productos farmacéuticos prescritos por profesionales del Sistema Nacional de Salud. BOCYL de 26 de marzo de 2015.

## CATALUÑA

### **Colaboradoras de prevención y seguridad**

Decreto 42/2015, de 24 de marzo, de regulación de las entidades colaboradoras de la Administración en materia de prevención y seguridad correspondientes al departamento competente en materia de seguridad pública. DOGC de 26 de marzo de 2015.

## MURCIA

### **Selección de personal directivo del Servicio Murciano de Salud**

Ley 2/2015, de 17 de febrero, sobre regulación de la selección del Personal Directivo de las Instituciones Sanitarias del Servicio Murciano de Salud.

BOE, 16 de marzo de 2015 y Boletín Oficial de la Región de Murcia de 20 de febrero de 2015.

## PAÍS VASCO

### **Gestión de residuos sanitarios**

Decreto 21/2015, de 3 de marzo. Tiene por objeto regular la producción y gestión de los residuos sanitarios en la Comunidad Autónoma de Euskadi, con el fin de proteger la salud pública y el medio ambiente. Deroga el Decreto 76/2002, por el que se regulan las condiciones para la gestión de los residuos sanitarios en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

BOPV 46/2015, 9 de marzo. Corrección de errores, BOPV 51/2015, 16 de marzo.