

DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 26, número 2. Julio-Diciembre 2016

Edita:

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

Editores adjuntos:

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

Consejo editorial:

Director:

FRANCISCO VILLAR ROJAS
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (CANARIAS)

Secretario:

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

Vocales:

JAVIER SÁNCHEZ CARO
ABOGADO (MADRID)

ALBERTO PALOMAR OLMEDA
MAGISTRADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (MADRID)

MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO
PROFESORA TITULAR DERECHO CIVIL (CASTILLA-LA MANCHA)

ANA M^A MARGOS DEL CANO
SECRETARIA GENERAL UNED (MADRID)

JOAQUÍN CAYÓN DE LAS CUEVAS
SERVICIO DE ASESORAMIENTO JURÍDICO DE SANIDAD (CANTABRIA)

FEDERICO MONTALVO JÄÄSKELÄINEN
ABOGADO. PROFESOR UNIVERSIDAD (MADRID)

VICENTE LOMAS HERNÁNDEZ
SERVICIO DE RÉGIMEN JURÍDICO DE INSTITUCIONES SANITARIAS
(CASTILLA-LA MANCHA)

JOSÉ MARÍA ANTEQUERA VINAGRE
PROFESOR DE DERECHO SANITARIO Y BIOTÉCNICA (MADRID)

LOLA GONZÁLEZ GARCÍA
GERENCIA DEL COMPLEJO HOSPITALARIO DE TOLEDO
(CASTILLA-LA MANCHA)

SERGIO GALLEGO RIESTRA
CONSEJERÍA DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS. OVIEDO
(ASTURIAS)

JAVIER VÁZQUEZ GARRANZO
ABOGACÍA DEL GOBIERNO BALEAR. PALMA DE MALLORCA
(BALEARES)

MARÍA MARTÍN AYALA
CONSEJERÍA DE HACIENDA DE LA JCCM. TOLEDO
(CASTILLA-LA MANCHA)

JUAN MANUEL ALEGRE ÁVILA
UNIVERSIDAD DE CANTABRIA (CANTABRIA)

Consejo asesor:

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ (CASTILLA-LA MANCHA)

DAVID LARIOS RISCO (CASTILLA-LA MANCHA)

FRANCISCA VILLALBA PÉREZ (ANDALUCÍA)

FRANCISCO BOMBILLAR SÁENZ (ANDALUCÍA)

NURIA GARRIDO CUENCA (CASTILLA-LA MANCHA)

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ (ANDALUCÍA)

LUIS ALBERTO PANES CORBELLE (CASTILLA-LA MANCHA)

MATILDE VERA RODRÍGUEZ (ANDALUCÍA)

FRANCESCO JOSÉ MARÍA SÁNCHEZ (CATALUÑA)

JAVIER MORENO ALEMÁN (MADRID)

JOSÉ MARÍA BARREIRO DÍAZ (GALICIA)

MARÍA BELÉN LÓPEZ DONAIRE (CASTILLA-LA MANCHA)

SUSANA LÓPEZ DE ALTUNA (PAÍS VASCO)

GUSTAVO MERINO GÓMEZ (CANTABRIA)

LUIS SARRATO MARTÍNEZ (NAVARRA)

PRODUCCIÓN:

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

FACULTAD DE DERECHO

PLAZA DE LA UNIVERSIDAD Nº 1

02071 ALBACETE - ESPAÑA

[HTTP://WWW.AJS.ES](http://www.ajs.es)

DEPÓSITO LEGAL: B-35337-93

I.S.S.N. 1133-7400

IMPRESO EN ESPAÑA POR SERVICEPOINT

MAQUETADO POR STUDIO74.ES

DERECHO Y SALUD

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

REVISTA FUNDADA EN 1992

Revista Oficial de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD

<http://www.ajs.es>

ISSN: 1133-7400

Depósito Legal: B-35337-93

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

Correspondencia y Publicidad:

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

Correo Electrónico:

info@ajs.es

Suscripciones y atención al cliente:

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

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

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

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

© COPYRIGHT 2001. ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

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

Junta Directiva de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD:

Presidencia: Josefa Cantero Martínez, *Universidad Castilla-La Mancha*; **Vicepresidencia:** David Larios Risco, *Letrado. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*. **Secretaría:** Francisca Villalba Pérez, *Universidad de Granada*. **Vicesecretario:** Francisco Bombillar Sáenz, *Universidad de Granada*; **Tesorera:** Nuria Garrido Cuenca, *Universidad de Castilla-La Mancha*; **Vocales:** Juan Francisco Pérez Gálvez, *Universidad de Almería*; Luis Alberto Panes Corbelle, *Servicio de Salud de Castilla-La Mancha*; Matilde Vera Rodríguez, *Servicio Andaluz de Salud*; Francesc José María Sánchez, *Abogado*; Javier Moreno Alemán, *Abogado*; José María Barreiro Díaz, *Xunta de Galicia*; María Belén López Donaire, *Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*. Susana López de Altuna, *Asesoría Jurídica-OSAKIDETZA*; Gustavo Merino Gómez, *Consejería de Salud de Cantabria*; Luis Sarrato Martínez, *Abogado*.

DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 26, número 2. Julio-Diciembre 2016

ESTUDIOS

- Objeción de conciencia positiva; en particular, sobre el conflicto planteado al amparo del Real Decreto-Ley 16/2012.
Federico de Montalvo Jääskeläinen 9
- La protección de la salud a través del sistema de gestión de riesgos alimentarios.
Reyes Marzal Raga 21
- Los Colegios Profesionales contra el intrusismo profesional en Odontología.
Diego Rodríguez Menacho 38
- La provisión de plazas de personal estatutario mediante comisión de servicios.
Ángel García Millán; Concepción Moreno del Mazo 63
- La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria derivada del extravío de la historia clínica: la visión de los Tribunales de Justicia.
Marta María Sánchez García 87

JURISPRUDENCIA E INFORMES 103

LEGISLACIÓN 119

- Normas de publicación 133
- Solicitud de suscripción a la revista Derecho y Salud 135
- Solicitud de asociación 136

Estudios

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA POSITIVA; EN PARTICULAR, SOBRE EL CONFLICTO PLANTEADO AL AMPARO DEL REAL DECRETO-LEY 16/2012

Federico de Montalvo Jääskeläinen

Profesor propio adjunto D.º Constitucional, UPComillas (ICADE)

Vicepresidente Comité de Bioética de España

Miembro del International Bioethics Committee (IBC) UNESCO

**SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA MÉDICA, EN GENERAL;
3. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA POSITIVA, EN PARTICULAR.**

RESUMEN

La aprobación del polémico Real Decreto-ley 16/2012 y la limitación al acceso a las prestaciones que respecto de los inmigrantes ilegales dicha norma supuso dio lugar a una nueva modalidad de objeción de conciencia inédita en nuestro sistema social: la objeción de conciencia positiva. Así, diferentes facultativos expresaron su negativa, al amparo de su libertad de conciencia, a cumplir con la prohibición de dar asistencia sanitaria gratuita a los citados inmigrantes, fuera de los casos previstos por la norma como garantía del contenido esencial del derecho a la salud.

En nuestro trabajo sostenemos que pese a que, con carácter general, no hay, al amparo de la doctrina sobre la objeción de conciencia del Tribunal Constitucional, ningún obstáculo para admitir dicha modalidad de objeción, sí consideramos que por las circunstancias que concurren en el caso específico planteado al amparo del Real Decreto-ley 16/2012 no cabe admitir la misma.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la salud, libertad de conciencia, objeción de conciencia, libertad médica.

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación del Real Decreto-ley 16/2012 ha generado como es de general conocimiento una amplia polémica, sobre todo, en lo que se refiere a la limitación del acceso a las prestaciones sanitarias por parte de los inmigrantes sin papeles. Dicha norma, cuya constitucionalidad ha validado recientemente el Tribunal Constitucional en Sentencia de 21 de julio de 2016, viene a modificar el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, quedando redactado en los siguientes términos:

“Artículo 3. De la condición de asegurado.

1. La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado.

2. A estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.

b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.

c) Ser receptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.

d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.”

Así pues, como puede verse, los inmigrantes sin papeles quedan fuera de los supuestos que dan lugar a adquirir la condición de asegurado, estableciendo el siguiente apartado 3 que “3. En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente.” Ello acaba por completarse con lo dispuesto en el siguiente apartado 5 que supone una mención tácita a los emigrantes sin papeles: “5. Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial.” Por tanto, los emigrantes sin papeles pierden la condición de asegurados pudiendo a partir de ahora acceder a las prestaciones sanitarias a cambio del pago de una contraprestación o cuota.

Pues bien, en el marco de la polémica generada por tal reforma legislativa, algunos profesionales sanitarios manifestaron su pretensión de ejercer la objeción de conciencia, negándose a cumplir con la prohibición contenida en la norma. Surge así un nuevo debate acerca de la posibilidad de admitir la objeción de conciencia en sentido positivo y no negativo como habitualmente ha sido aceptada por nuestra jurisprudencia, es decir, la posibilidad de que la objeción se exprese en forma de acción y no meramente de omisión como tradicionalmente venía ocurriendo ¿Puede el objetor, no ya abstenerse por razones morales

a llevar a cabo la conducta que le viene impuesta por el ordenamiento jurídico, sino, al contrario, llevar a cabo la que dicho ordenamiento le prohíbe?

Este debate no ha sido resuelto en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Real Decreto-ley 16/2012, dado que no ha sido tal discusión objeto del recurso de inconstitucionalidad planteado frente a aquella norma, y ello pese a que tal nueva modalidad de objeción surge precisamente con ocasión de la respuesta de varios colectivos profesionales y sociales a la limitación a la asistencia sanitaria a los inmigrantes sin papeles que se recogía en la norma. En todo caso, también es cierto que el impacto efectivo del conflicto quedó muy diluido dado que varias Comunidades Autónomas aprobaron diferentes medidas legales para dejar sin efecto en su ámbito de competencia sanitaria tal limitación, lo que hizo innecesario que los profesionales tuvieran que recurrir en expresión de su libertad de conciencia a dicha objeción positiva. En todo caso, el conflicto sí ha sido abordado por nuestra doctrina científica dado su carácter novedoso en la medida que la objeción de conciencia se había siempre planteado en relación con la abstención u omisión frente a un deber legal de hacer y no frente a un deber legal de no hacer o no dar.

2. SOBRE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA MÉDICA, EN GENERAL

La libertad de actuación médica constituye una de las principales garantías del médico en el ejercicio de su profesión. El fundamento de esta libertad de actuación profesional no es otro que garantizar la prestación de un mejor servicio al cliente que se presume que se ha de lograr con mayor facilidad por quien es libre para decidir de acuerdo con su propio criterio técnico-científico, exento de toda presión externa. Tal libertad ha sido definida en el ámbito de la asistencia sanitaria como la aptitud del médico para elegir aquel tratamiento que, conforme a su leal saber y entender, considera más idóneo y eficaz para el paciente¹.

La libertad de actuación profesional es consustancial al propio concepto de profesión, pudiendo afirmarse que constituye un atributo que la define. Así, la Exposición de Motivos de la 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones

1 VILLAR ROJAS, F.J., “Medidas de racionalización; libertad de prescripción”, *Derecho y Salud*, vol. 5, núm. 2, año 1997, p. 109.

sanitarias, afirma que “El concepto de profesión es un concepto elusivo que ha sido desarrollado desde la sociología en función de una serie de atributos como formación superior, autonomía y capacidad auto-organizativa, código deontológico y espíritu de servicio, que se dan en mayor o menor medida en los diferentes grupos ocupacionales que se reconocen como profesiones”.

Se trata, por tanto, no sólo de un garantía sustancial al ejercicio de la profesión, sino de un elemento que integra el propio concepto de profesional. Tal autonomía impide que terceros ajenos a la relación profesional influyan o intervengan en la toma de decisión por parte del profesional que ha de responder al mejor interés del cliente. Como tal libertad encuentra como principal destinatario al propio Estado que no sólo debe promover las condiciones necesarias para que dicha libertad quede garantizada sino que además debe abstenerse de interferir en el ámbito de decisión del profesional.

Normativamente, dicha libertad se consagra en el artículo 35 de la Constitución que proclama la libertad de elección de profesión, debiendo admitirse que bajo tal derecho se protege no sólo el propio hecho de la elección de la profesión, sino la posibilidad de ejercerla en libertad, o lo que viene a ser lo mismo, sin más límites que los previstos por el ordenamiento jurídico. La libertad de elección garantiza tanto el acceder a un estatus como el mantenerse en el mismo².

Junto a lo dispuesto en el artículo 35, el siguiente artículo 36 señala que la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico del ejercicio de las profesiones tituladas, y ello, en el marco de la regulación de las profesiones colegiadas. Nuestro ordenamiento jurídico recoge, por tanto, una reserva de ley en la configuración del ejercicio de las profesiones tituladas que debe ser interpretada como garantía de su autonomía. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la reserva de ley que impone el artículo 53.1 de la Constitución en relación con los derechos y libertades de este artículo 35 comporta la existencia de un contenido esencial de los mismos que los garantice constitucionalmente (STC

83/1984). El legislador tiene la facultad de regular el ejercicio de las profesiones, conforme resulta de lo dispuesto por el artículo 36 de la Constitución, pero teniendo en cuenta que tal regulación debe inspirarse en el criterio del interés público y tener como límite el respeto del contenido esencial de la libertad profesional (STC 42/1986).

La libertad profesional, si bien no aparece mencionada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sí es incorporada a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 15.1 que señala que “Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada”.

En el ámbito de la medicina, la libertad de actuación del médico es indispensable para garantizar la calidad del acto médico y para fortalecer la relación del médico con el paciente y cobra especial relevancia dados los valores sobre los que incide dicha profesión.

Una de las expresiones de dicha libertad médica es precisamente la objeción de conciencia. La conexión entre libertad de actuación médica y la objeción de conciencia es poco discutible. El propio Código Deontológico del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos señala en el artículo 32 que encabeza la regulación de la objeción de conciencia que el reconocimiento de la objeción de conciencia del médico es un presupuesto imprescindible para garantizar la libertad e independencia de su ejercicio profesional.

El propio Código reconoce otra modalidad de objeción como es la objeción de ciencia, donde la divergencia que justifica la abstención del deber legal no es moral, sino con base científica o clínica. En el artículo 33.2 se dispone “La objeción de ciencia tiene una protección deontológica al amparo del derecho a la libertad de método y prescripción, siendo diferente de la objeción de conciencia”. Esta modalidad de objeción por criterios técnico-científicos tendría encaje en los mecanismos de contrapeso de que dispone el médico tanto frente a la autonomía del paciente (la facultad del médico de negarse a prestar la asistencia que se le exige por el paciente, siendo la misma contraria a la evidencia científica)³, como frente a la que ofrece la inserción de la autonomía médica en

² Algo similar puede apreciarse en el derecho de acceso a los cargos y funciones públicas que se reconoce en el artículo 23 de la Constitución. Así, aunque el precepto se refiere tan sólo al acceso, el propio Tribunal Constitucional se ha encargado de aclarar en su rica jurisprudencia sobre este derecho que se consagra una triple dimensión del derecho: acceso, permanencia y ejercicio del cargo. No sólo se tiene, pues, derecho a acceder sino también a permanecer y ejercer libremente su función (véanse, entre otras, SSTC 24/1983 y 28/1984).

³ BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Autonomía del paciente: límites derivados de la cartera de servicios, de la organización y funcionamiento de los centros sanitarios y de otros derechos y bienes enfrentados”, en ARCOS VIEIRA, M.L. (Dir), *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 118.

el marco de una prestación de servicio público (la facultad del médico, en un contexto de limitación de recursos, de proponer un tratamiento que en el caso concreto supone una mejor protección de la vida o integridad del paciente)⁴.

Como apunta con acierto SEOANE, en la relación clínica tradicional la actuación en conciencia del profesional estaba basada en valores y deberes profesionales sobre los que existía unanimidad. En ella carecía de sentido hablar de objeción de conciencia. Es en la relación clínica moderna cuando surge la objeción de conciencia sanitaria, en un contexto de pluralidad axiológica, reconocimiento de la autonomía del paciente y creciente complejidad de la praxis clínica, donde los valores y deberes profesionales se definen de forma colectiva por los profesionales y por la sociedad⁵. Además, ello es así no sólo por los recientes cambios que han alterado la relación de poderes en la relación médico-paciente, sino, además, como apunta GRACIA GUILLÉN, porque la objeción de conciencia constituye un debate muy moderno, prácticamente de nuestros días, que se desarrolla en las sociedades liberales y pluralistas⁶.

El Comité de Bioética de España considera que la objeción de conciencia exige la concurrencia de cuatro elementos⁷:

1) La existencia de una norma jurídica de obligado cumplimiento, cuyo contenido puede afectar a las creencias religiosas o morales de los individuos, y que no puede obviarse sin incurrir en sanción. Es necesario que el contenido de la norma jurídica sea tal que pueda resultar incompatible con las convicciones morales o religiosas de los individuos y no meramente contrario a ciertas opiniones o intereses personales de éstos.

4 VILLAR ROJAS, F.J., “Medidas de racionalización; libertad de prescripción”, *cit.*, pp. 110 a 112.

5 SEOANE, J.A., “Objeción de conciencia positiva”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 32, septiembre 2014, p. 36.

6 GRACIA GUILLÉN, D., “Ética en la objeción de conciencia”, *Anales de la Real Academia Nacional de Medicina*, año 2009, tomo CXXXVI, cuaderno cuarto, p. 692. El propio Gracia Guillén nos recuerda que el primer caso conocido de objeción de conciencia en España tiene lugar en 1937 cuando un miembro de la Iglesia de los Testigos de Jehová se niega a incorporarse a un regimiento durante la Guerra Civil, invocando sus creencias religiosas. El citado objetor fue fusilado por incumplir su deber de alistarse.

7 Vid. Opinión del Comité de Bioética de España sobre la objeción de conciencia sanitaria, Madrid, 13 de octubre de 2011, p. 3. Puede accederse a dicho informe a través de la página web del Comité de Bioética de España, en www.comite-debioetica.es.

2) La existencia de un dictado inequívoco de la conciencia individual opuesto al mandato jurídico, requisito sobre el que el ordenamiento jurídico puede requerir verificación.

3) La ausencia en el ordenamiento jurídico de normas que permitan resolver el conflicto entre una o varias normas y la conciencia individual o posibiliten alternativas aceptables para el objeto.

4) La manifestación del propio sujeto del conflicto surgido entre la norma y su conciencia, sin que sea relevante la mera presunción sobre la existencia de conflicto.

En el ámbito de la Medicina, la objeción de conciencia ostenta un valor cualificado que deriva de la conexión que la actividad que se desarrolla en dicho ámbito profesional tiene con valores tan trascendentales como la vida o la integridad física o psíquica de los individuos. Si antes hemos señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el consentimiento informado, que la autonomía del médico debe quedar sujeta a la del paciente en la medida que ésta es garantía de su vida e integridad, en similares términos podemos mantener que la objeción del médico ostenta un posición privilegiada al afectar a tales valores constitucionales esenciales. A este respecto, debemos recordar que el Tribunal Constitucional ha tratado de fijar una línea que permita delimitar aquellas objeciones que deben ser objeto de reconocimiento en nuestro sistema jurídico de aquellas otras que no, y esta línea se muestra clara cuando el argumento moral que se esgrime para permitir al objetor desligarse del deber legal conecta con la trascendencia del ser humano y con el propio concepto de la vida. Así, en la Sentencia 145/2015, El Tribunal señala que “sentadas las anteriores consideraciones, cumple afirmar que para la resolución del presente recurso resulta prioritario dilucidar si la doctrina enunciada en el fundamento jurídico 14 de la STC 53/1985, es también aplicable al caso que nos ocupa. Para despejar esa cuestión es preciso esclarecer, previamente, si los motivos invocados para no disponer de la «píldora del día después» guardan el suficiente paralelismo con los que justificaron el reconocimiento de la objeción de conciencia en el supuesto analizado por la Sentencia citada, al objeto de precisar si la admisión de dicha objeción, entendida como derivación del derecho fundamental consagrado en el art. 16.1 CE, resulta también extensible a un supuesto como el actual, en el que el demandante opone, frente a la obligación legal de dispensar el principio activo levonorgestrel 0,750 mg, sus convicciones sobre el derecho a la vida”.

Una vez establecido el marco de la decisión, el Tribunal concluye en los siguientes términos: “Con relación a esta cuestión, este Tribunal no desconoce la falta de unanimidad científica respecto a los posibles efectos abortivos de la denominada «píldora del día después». Sin perjuicio de ello, y a los meros fines de este procedimiento, la presencia en ese debate de posiciones científicas que avalan tal planteamiento nos lleva a partir en nuestro enjuiciamiento de la existencia de una duda razonable sobre la producción de dichos efectos, presupuesto este que, a su vez, dota al conflicto de conciencia alegado por el recurrente de suficiente consistencia y relevancia constitucional. En consecuencia, sin desconocer las diferencias de índole cuantitativa y cualitativa existentes entre la participación de los médicos en la interrupción voluntaria del embarazo y la dispensación, por parte de un farmacéutico, del medicamento anteriormente mencionado, cabe concluir que, dentro de los parámetros indicados, la base conflictual que late en ambos supuestos se anuda a una misma finalidad, toda vez que en este caso se plantea asimismo una colisión con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida. Además, la actuación de este último, en su condición de expendedor autorizado de la referida sustancia, resulta particularmente relevante desde la perspectiva enunciada. En suma, pues, hemos de colegir que los aspectos determinantes del singular reconocimiento de la objeción de conciencia que fijamos en la STC 53/1985, FJ 14, también concurren, en los términos indicados, cuando la referida objeción se proyecta sobre el deber de dispensación de la denominada «píldora del día después» por parte de los farmacéuticos, en base a las consideraciones expuestas”.

Los términos en los que se expresa el Tribunal permiten concluir que dicha línea divisoria la marca fundamentalmente la conexión o no de la objeción de conciencia con un categórico moral incardinable en los derechos consagrados en el artículo 15 de la Constitución. Con este argumento no pretendemos sostener que el Tribunal niegue la virtualidad de otras objeciones basadas en diferentes categóricos morales, pero sí que las expectativas por parte del individuo de ver reconocido legal o judicialmente el ejercicio de la objeción no serán tan evidentes como en los casos en los que el valor en discusión es la vida.

Recuérdese que el propio Tribunal Constitucional ha aclarado en la misma Sentencia que la objeción de conciencia no exige de regulación jurídica específica de cara a poder ser reconocida, ya que es una manifestación de la libertad ideológica y religiosa. Así,

señala el Alto Tribunal que tal derecho existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 CE y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.

Con esta última decisión debe considerarse cerrado el debate doctrinal acerca de la necesidad o no de reconocimiento y desarrollo legislativo de la objeción de cara a su admisibilidad como expresión legal de la conciencia personal⁸. El Tribunal parece optar por un línea intermedia entre dejar la objeción en manos del legislador (lo que no parece jurídicamente razonable si partimos de que la objeción es precisamente un mecanismo de contrapeso de la minoría en un sistema político que se rige por el principio de mayoría –sería un verdadero oxímoron considerar que dicho contrapeso necesita de la decisión de la mayoría para que la minoría pueda recurrir a él-) y reconocer un derecho general a la objeción de conciencia al amparo del artículo 16 de la Constitución (lo que tampoco parece razonable si pretendemos mantener la propia naturaleza del Derecho como sistema coercitivo y la preservación de una comunidad basada en el orden social que supone la decisión democráticamente adoptada por la mayoría).

El Tribunal concluye que, si bien la objeción de conciencia no precisa de su reconocimiento *ope legis*, pudiendo admitirse su virtualidad pese a carecer de regulación expresa, ello no implica un derecho general a objetar. Para que pueda admitirse la objeción es necesario que el fundamento de la misma conecte con valores o bienes de sustancial importancia como serían aquellos relacionados con la vida o, en palabras del propio Tribunal, que la base conflictual que

⁸ En contra de tal reconocimiento como derecho general, sin necesidad de regulación por el legislador, se habían pronunciado, por lo que al ámbito sanitario se refiere, entre otros, Laura Gómez Abeja, Iñigo de Miguel y Juan Luis Beltrán. Vid. GÓMEZ ABEJA, L., *Las objeciones de conciencia*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 153 y 154; DE MIGUEL BERIAIN, I., “La objeción de conciencia del farmacéutico: una mirada crítica”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 6, año 2009, p. 180; y BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios”, *Derecho y Salud*, vol. 13, núm. 1, enero-junio 2005, p. 63. En la posición contraria, aunque sin que sostuviera un reconocimiento general de cualquier objeción, sino concretas expresiones que no exigirían para cobrar virtualidad del reconocimiento por parte del legislador, Navarro-Valls y Martínez-Torrón. Vid. NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y Ley. Las objeciones de conciencia*, Iustel, Madrid, 2011.

late se anuda a una colisión con la concepción que se profese sobre el derecho a la vida. Con tal afirmación no estamos, en todo caso, negando, como tampoco creemos que lo haga el Tribunal Constitucional, otras objeciones que pudieran traer causa de valores distintos del de la vida (véanse, entre otros, la objeción a ser miembro de un Jurado o de una mesa electoral). Sin embargo, lo que es cierto es que en tales casos la exigencia de un previo reconocimiento por parte del legislador puede mostrarse menos plausible que en los casos a los que se refiere expresamente la citada Sentencia 145/2015 o, al menos, que su reconocimiento por un Tribunal será más complejo a la vista del interés general que proteja el deber legal frente al que se pretende objetar. A este respecto, señalan con acierto NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN que en materia de objeción de conciencia parece conveniente un tratamiento predominantemente jurisprudencial de los problemas, ya que son los jueces los que están en mejor situación para abordar el análisis individualizado que reclaman tales casos⁹. Por ello, remitir la legalidad de la objeción a una decisión exclusiva del legislador no sólo es contraria al propio fundamento de nuestra democracia constitucional, en la que la protección de los derechos de la minoría frente al principio de decisión mayoritaria está garantizado, sino que tampoco parece razonable desde una perspectiva práctica, si atendemos a la propia diversidad de casos y situaciones concretas. La casuística que ofrece la decisión judicial parece un recurso adecuado, sin perjuicio de que pueda promoverse la regulación de determinados supuestos en pos de la seguridad jurídica (como hace, a título ilustrativo, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en su artículo 19.2). No puede confundirse la conveniencia de su regulación con una exigencia para cobrar eficacia jurídica.

Podría considerarse también que la posición por la que claramente ha optado ya el Tribunal a partir de dicha Sentencia concuerda en gran medida con la que ha venido manteniendo en nuestra doctrina científica GASCÓN ABELLÁN, la cual conecta la objeción de conciencia con el principio de libertad de manera que cabría reconocer sin problema alguno, dentro de nuestras democracias liberales, un derecho general a la objeción de conciencia. Para dicha autora, la libertad es la regla y el deber jurídico como límite a la libertad es la excepción, por lo que considera que existe una presunción *iuris tantum* de legitimidad

⁹ NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., Conflictos entre conciencia y Ley. Las objeciones de conciencia, op. cit., p. 33.

constitucional para quien actúa por motivos de conciencia. Ello no significa, sin embargo, que los deberes que operan como límites a la libertad de conciencia sean siempre ilegítimos o deban ser eliminados, pues tales deberes pueden proteger otros derechos ante los cuales la libertad del objetor deba doblegarse. El objetor no tiene derecho a que el ordenamiento le tolere su comportamiento en cualquier supuesto, pero sí tiene derecho a que tal comportamiento sea considerado como el ejercicio de una libertad de conciencia en conflicto con los bienes o derechos protegidos por la norma objetada y que tal conflicto se resuelva de acuerdo con el test de proporcionalidad, como ocurre, añadimos nosotros, con cualquier conflicto constitucional entre un derecho individual y el interés general¹⁰.

En todo caso, debe matizarse lo afirmado anteriormente porque de la Sentencia precitada se deduce que dicho reconocimiento general del derecho a la objeción de conciencia adquiere plenitud cuando la negativa a cumplir con el deber legal venga sustentada en un categórico moral singularmente trascendente como son aquellos que conectan directamente con el derecho a la vida. Fuera de dicho marco, el Tribunal Constitucional no rechaza la virtualidad de la objeción aunque sí parece someterla a un escrutinio jurídico más exigente o que, al menos, no habrá de prevalecer siempre frente a la norma que protege el interés general o el de un tercero.

Debe tenerse en cuenta también que pese a lo que ha planteado algún sector de la doctrina¹¹, la objeción de conciencia no es una figura extraña a nuestra Constitución. Puede admitirse que constituya una excepción al deber general de cumplir el ordenamiento jurídico que, como no puede ser de otro modo, la propia Constitución instituye, pero no que sea algo impropio dentro del orden constitucional, cuando la propia Constitución reconoce expresamente la objeción de conciencia, aunque sea limitada al servicio militar obligatorio, en su artículo 30.2 de la Constitución. Y tampoco lo ha sido para la propia jurisprudencia constitucional, habiendo mostrado siempre el Tribunal Constitucional una especial sensibilidad a la objeción, guiado quizás por la influencia que la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán ha

¹⁰ GASCÓN ABELLÁN, M., “Objeción de conciencia sanitaria”, en MENDOZA BUERGO, B. (Ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 149 a 154.

¹¹ Véase, en especial, TAJADURA TEJADA, J., “El respeto a la Ley y la objeción de conciencia”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 244, enero-febrero 2016, pp. 69 y 70.

ejercido sobre aquél, sobre todo, en lo que se refiere al concepto de dignidad humana que se desarrolla como reacción a los hechos ocurridos al final de la primera mitad del siglo XX. El epítome de ello no se encuentra tanto en la reciente Sentencia 145/2015, sino en la anterior 154/2002, en la que el Tribunal resuelve el recurso de amparo presentado por unos padres testigos de Jehová que fueron condenados penalmente por no remover activamente el rechazo de su hijo menor de edad a recibir una transfusión de sangre¹². Ciertamente, el caso versó principalmente

12 Los Testigos de Jehová no rechazan los tratamientos médicos y sí aceptan la medicina tradicional para la curación de sus dolencias. El problema radica exclusivamente en las transfusiones sanguíneas. Dicha negativa a aceptar transfusiones de sangre se basa, fundamentalmente, en el pasaje de la Biblia contenido en Hechos de los Apóstoles 15:28, en el que se recogen las siguientes palabras de Jesucristo: “Os abstendréis de comer carne ofrecidas a ídolos y también de la sangre”. En la actualidad, sí existen algunos tratamientos alternativos a la transfusión de sangre que son aceptados por los Testigos de Jehová. Barrios Flores distingue entre un grupo de terapias que sí son aceptadas por todos los Testigos de Jehová o, al menos, por los miembros menos ortodoxos, como son la técnica de la autotransfusión y de recuperación de sangre, siempre que se realice en circuito cerrado y sin contacto con el exterior ni separación del paciente. Junta a éstas se encuentran también la aplicación de determinadas soluciones coloides para aumentar el volumen circulante de la sangre. Vid. BARRIOS FLORES, L.F., *Los aspectos legales de la transfusión*, Ferrer Farma Hospital, Madrid, 2006, pp. 46 y 47. Vid. también, MARTORELL, M.V. y SÁNCHEZ-URRUTIA, A. (Coord.), *Documento sobre el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los Testigos de Jehová*, Observatori de Bioètica i Pret, Barcelona, 2005. Algunos Tribunales de Justicia norteamericanos, donde el conflicto ha sido muy frecuente, han autorizado la aplicación de la transfusión de sangre a algunos Testigos de Jehová con capacidad que se oponían a la misma en ejercicio de su libertad religiosa por motivo de protección a los hijos menores del Testigo. El argumento legal era que el Estado no puede suplir la función que cumple el padre respecto de sus hijos y dado que el interesado tenía hijos menores de edad tiene que asumir que los deberes derivados de su condición de padre priman sobre su autonomía de voluntad y libertad religiosa. Así, en algunos casos se ha interpretado en sentido amplio el concepto de hijo dependiente con el fin de justificar la aplicación de la transfusión de sangre contra la voluntad del paciente adulto con hijos menores. En el denominado caso *Matter of Melideo*, resuelto por el Tribunal Supremo del Estado de Nueva York en 1976, se acordó que no podía autorizarse judicialmente la transfusión de sangre contra los deseos de un adulto mientras que no se acredite que existe un conflicto de intereses que justifica la intervención del Estado. Dicho conflicto, según los argumentos manejados por el Tribunal, existirá cuando el paciente esté inconsciente o cuando se encuentre en peligro el bienestar de los hijos dependientes. Sin embargo, ésta y otras resoluciones judiciales que se pronuncian en similares términos no constituyen ni una doctrina unánime o consolidada ni la regla general y algún Tribunal ha denegado la aplicación de la transfusión, aunque, eso sí, en muchos casos, atendiendo nuevamente a la situación en la que quedaban los hijos menores del paciente. Así, se denegó la autorización cuando el entorno familiar garantizaba el bienestar y cuidado de los hijos, pese a faltar uno de los padres como consecuencia de la decisión de no recibir una transfusión de sangre. Vid. ARMENTEROS CHAPARRO, J.C., *Objeción de conciencia a los tratamientos médicos: la cuestión de la patria potestad*, Biblioteca Jurídica de Bolsillo, núm. 32, Colex, Madrid, 1997, pp. 29 a 31.

sobre la capacidad del menor a la hora de rechazar un tratamiento médico, cuando tal posibilidad pone en riesgo su vida. Sin embargo, el Tribunal también hubo de valorar, desde el punto de vista de la exigibilidad jurídica de una conducta diferente, la actitud de los padres en relación a la posición que mantuvo el hijo y si en virtud de los deberes que se derivan de la patria potestad debieron o no desarrollar una conducta más activa tendente a remover la negativa del hijo¹³. Como puede fácilmente comprobarse, se trata de un caso de objeción de conciencia por razón de las creencias religiosas a uno de los principales deberes jurídicos que recoge el ordenamiento jurídico que no es otro que el deber de los padres de proteger a sus hijos, consagrado constitucionalmente en el artículo 39.3 de la Constitución. En este caso, el Tribunal vino a admitir la validez de la objeción de conciencia, de manera que, atendiendo al deber legal frente al que se defendió la virtualidad de la objeción, es difícil sostener que su doctrina haya sido precisamente poco sensible a dicha figura, fuera de la excepción que supusieron las Sentencias 160 y 161/1987, a las que recurre frecuentemente parte de la doctrina tratando de sostener una posición constitucional restrictiva¹⁴.

3. SOBRE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA POSITIVA, EN PARTICULAR

Pudiendo considerarse ya cerrado el debate acerca de la naturaleza jurídica y eficacia en nuestro sistema constitucional de la objeción de conciencia, y pudiendo también admitir un amplio margen a dicha institución en el ámbito de la salud, en la medida que las actuaciones que se desarrollan en dicho campo inciden habitualmente sobre la vida o integridad de las personas, surge un nuevo debate acerca de la posibilidad de admitirla en sentido positivo y no negativo como habitualmente ha sido aceptada por nuestra jurisprudencia, es decir, la posibilidad de que la objeción se exprese en forma de acción y no meramente de omisión como tradicionalmente venía ocurriendo ¿Puede el objetor, no ya abstenerse por razones morales a llevar a cabo la conducta que le

13 Según resulta del resumen de los hechos que se recoge en la propia Sentencia, el personal sanitario, al ver que no podían convencer al menor, pidió a los acusados que trataran de convencer al niño los cuales, aunque deseaban la curación de su hijo, no accedieron a ello pues, como su hijo, consideraban que la Biblia, que Dios, no autorizaba la práctica de una transfusión de sangre aunque estuviera en peligro la vida.

14 DE MIGUEL BERIAIN, I., “La objeción de conciencia del farmacéutico: una mirada crítica”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 6, año 2009, p. 180.

viene impuesta por el ordenamiento jurídico, sino, al contrario, llevar a cabo la que dicho ordenamiento le prohíbe?

Este debate, como hemos apuntado al inicio de nuestro trabajo, no ha sido resuelto en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Real Decreto-ley 16/2012, dado que no ha sido tal discusión objeto del recurso de inconstitucionalidad planteado frente a aquella norma, y ello pese a que tal nueva modalidad de objeción surge precisamente con ocasión de la respuesta de varios colectivos profesionales y sociales a la limitación a la asistencia sanitaria a los inmigrantes sin papeles que se recogía en la norma. En todo caso, también es cierto que el impacto efectivo del conflicto quedó muy diluido dado que varias Comunidades Autónomas aprobaron diferentes medidas legales para dejar sin efecto en su ámbito de competencia sanitaria tal limitación, lo que hizo innecesario que los profesionales tuvieran que recurrir en expresión de su libertad de conciencia a dicha objeción positiva. En todo caso, el conflicto sí ha sido abordado por nuestra doctrina científica dado su carácter novedoso en la medida que la objeción de conciencia se había siempre planteado en relación con la abstención u omisión frente a un deber legal de hacer y no frente a un deber legal de no hacer o no dar.

El problema que se ha planteado creemos que debe ser abordado desde una doble perspectiva, una más general en la que habrá que preguntarse si cabe admitir la objeción como expresión activa, lo que la doctrina más cualificada ha denominado objeción de conciencia positiva¹⁵, y otra más específica en la que habrá que preguntarse si, admitiéndose con carácter general, puede aceptarse en el caso concreto que se ha planteado al amparo de la nueva situación planteada por el citado Real Decreto-ley 16/2012.

En lo que a la primera cuestión se refiere, no vemos problema conceptual alguno en aceptar la objeción de conciencia positiva. Coincidimos a este respecto con la posición que mantiene sobre la objeción de conciencia con carácter general GASCÓN ABELLÁN de la que habría que deducir que si es expresión de libertad ha de presumirse *prima facie* su legitimidad sin perjuicio de que ello no implique que no pueda verse limitada por otros derechos o intereses dignos también de protección.

NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN no se pronuncian de manera expresa a favor de la

¹⁵ Vid. SEOANE, J.A., "Objeción de conciencia positiva", *cit.*, p. 34-45.

objeción de conciencia en sentido positivo pero sí parecen admitirla cuando afirman que los comportamientos activos ofrecen mayor nivel de peligro para la sociedad que las actitudes omisivas. Así pues, de su argumento se deduce que, si bien el reconocimiento de la objeción positiva plantea más problemas que el de la negativa, ello no es óbice para admitirla.

Para SEOANE no existen argumentos para otorgar prioridad moral ni para proteger selectivamente las objeciones negativas, aunque el contexto social y político norteamericano muestra una tendencia favorable a garantizar éstas, identificadas con posiciones socialmente conservadoras (*social conservatives*), prestando menor atención a las objeciones positivas, vinculadas a posiciones socialmente liberales o progresistas (*social liberals*). No obstante, en la medida en que ambas pretenden garantizar la integridad moral del profesional asistencial, que es la razón principal que justifica el reconocimiento de la objeción de conciencia, ambas son igualmente merecedoras de protección¹⁶.

Así pues, desde una perspectiva general, no parece que exista problema alguno en reconocer cierto espacio de virtualidad a la objeción de conciencia positiva con carácter general y al margen del conflicto del que nos vamos a ocupar de inmediato. GÓMEZ ABEJA señala, sin embargo, que la objeción de conciencia positiva debe admitirse con muchos más matices que la negativa, frente a la que dicha autora se muestra ya muy restrictiva, dado que aquélla entraña un mayor peligro social¹⁷. La misma posición mantiene también BARRERO ORTEGA¹⁸. Incluso, algún autor considera que la naturaleza activa o pasiva de la conducta es la que precisamente permite distinguir la objeción de conciencia de la desobediencia civil, siendo la primera propia de ésta (véase, Peter Singer)¹⁹.

En lo que se refiere en concreto ya al conflicto planteado al amparo del Real Decreto-ley 16/2012, nos encontramos ante un supuesto muy específico de objeción de conciencia positiva ya que la misma incide sobre una prohibición legal que deriva de las facultades que nuestro ordenamiento constitucional atribuye en su artículo 53.3 a los poderes públicos

¹⁶ Ibidem, p. 38.

¹⁷ GÓMEZ ABEJA, L., *Las objeciones de conciencia*, *op. cit.*, pp. 256 y 257.

¹⁸ BARRERO ORTEGA, A., *Sobre la libertad religiosa*, Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002, pp. 637 y 638.

¹⁹ GÓMEZ ABEJA, L., *Las objeciones de conciencia*, *op. cit.*, p. 77.

para configurar el contenido efectivo de los derechos sociales. La objeción de conciencia positiva destaca, como ya hemos apuntado antes, por la pretensión de eximirse de la norma, llevando a cabo, por motivos de conciencia, una conducta positiva prohibida. Sin embargo, en este caso, lo que se plantea es desatender una decisión adoptada por los poderes públicos en ejercicio de la función constitucional de configurar el Estado prestacional y además haciendo uso de bienes y medios de titularidad pública, de prestaciones públicas.

Sobre la virtualidad de esta modalidad específica de objeción positiva se han pronunciado en diferente sentido un Servicio de Salud y la doctrina. En efecto, en contra de esta modalidad de objeción positiva se pronunció hace un tiempo el Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de Cantabria con ocasión del debate planteado en dicha Comunidad acerca de la limitación de la asistencia sanitaria a los inmigrantes sin papeles. En su informe de fecha 7 de agosto de 2012 se pronuncia en contra de tal posibilidad por tres motivos que cita de manera sucesiva:

En primer lugar, considera que, al amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional (con especial mención de la contenida en la ya citada STC 161/1987), la objeción de conciencia no constituye un derecho fundamental de alcance general, sino que se trata de un derecho de configuración legal cuyo ejercicio exige un reconocimiento expreso. Esta doctrina, como hemos visto, se ha visto ya superada por la más reciente contenida en la Sentencia 145/2015 que sí viene a reconocer el alcance general de la objeción lo que, obviamente, no significa que deba de atenderse cualquier pretensión de abstenerse por motivos de conciencia del cumplimiento de un deber legal, sino que para acudir a la misma no es necesario que haya previsión normativa expresa al respecto.

En segundo lugar, porque el personal sanitario al servicio del sistema sanitario público, se encuentra en una situación de sujeción especial con ciertas implicaciones que se traducen en la vinculación al principio constitucional de jerarquía y en el sometimiento a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 de la Constitución), argumento que consideramos que goza de escasa virtualidad en relación al debate sobre la objeción de conciencia porque implicaría en sí mismo que la objeción carece de eficacia en las relaciones de sujeción especial, lo que en modo alguno ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico y menos por el Tribunal Constitucional.

Por último, porque el supuesto invocado en el presente supuesto no constituye una actitud omisiva, consustancial a la configuración de la objeción de conciencia, sino por el contrario, en la adopción de un comportamiento activo que en ningún caso puede encontrar cobertura en el derecho a la objeción de conciencia. Como puede comprobarse, el rechazo a la objeción positiva se basa más en una concepción histórica de la figura que en el propio fundamento de la misma, más aún, cuando estamos ante un fenómeno cambiante y en permanente evolución, fruto de una sociedad más plural y compleja.

Por parte de la doctrina, podemos destacar los excelentes trabajos de SEOANE sobre el tema²⁰. Este autor se pronuncia a favor de la admisión de este supuesto concreto de objeción positiva. Sin embargo, al mismo tiempo, plantea un problema: En cuanto a la modalidad de derecho amparada o reconocida, la objeción de conciencia clásica o negativa representa para el profesional sanitario una mera inmunidad, esto es, la exigencia de no estar sujeto por una determinada norma jurídica. En cambio, la objeción de conciencia contemporánea o positiva no sería para el profesional una mera inmunidad sino una potestad, o facultad de modificación de las relaciones jurídicas. Pese a ello, el autor salva la objeción considerando que también la objeción de conciencia positiva puede y debe ser calificada como inmunidad, en concreto la exigencia de no estar sujeto por una norma jurídica que impone un deber de abstención: lo único que pretende el profesional objetor es que no se aplique dicha norma en el caso concreto. Por el contrario, si el profesional pretendiese cambiar la norma desobedecida mediante su actuación, tanto si la norma impone un deber de acción (objeción de conciencia negativa) como un deber de abstención (objeción de conciencia positiva), no estaríamos ante un supuesto de objeción de conciencia²¹.

Pese a que la posición que mantiene dicho autor se encuentra muy bien argumentada, creemos en sentido contrario a lo que él mantiene, que es precisamente tal elemento que singulariza el caso que nos ocupa, la condición de habilitación que concurre en la conducta activa del objetor, junto a algún otro que vamos a desarrollar también, la que, precisamente,

²⁰ Vid. SEOANE, J.A., “Objeción de conciencia positiva”, *cit.*, pp. 34-45; y SEOANE, J.A., “¿Objeción de conciencia sanitaria positiva?”, en SANTOS, J.A., ALBERT, M. y HERMI-DA, C. (Eds.), *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada, 2016, pp. 295 a 307.

²¹ SEOANE, J.A., “Objeción de conciencia positiva”, *cit.*, p. 41.

informa a nuestro parecer en contra de admitir la objeción en este caso concreto. A este respecto, debe recordarse que nuestro ordenamiento jurídico distinga entre habilitaciones para actuar y abstenciones para no hacerlo al margen de la norma, de manera que equiparar jurídicamente ambos fenómenos parece, al menos, complejo con carácter general. La propia distinción entre la eficacia jurídica de las libertades tradicionales y los derechos sociales parte precisamente de los principales deberes que para el Estado suponen ambas, las primeras de abstención y las segundas de prestación. Véase, por ejemplo, el derecho a la protección de la salud que en su condición de principio rector con eficacia inmediata limitada deriva de la obligación de dar que para los poderes públicos supone. Constituye un derecho con alto contenido económico, exigiendo su satisfacción no una mera abstención por parte de los poderes públicos, como ocurre con las clásicas libertades públicas que integran los denominados derechos de primera generación, sino la inversión de importantes partidas económicas para cumplir con su obligación de dar. A este respecto, CASCAJO CASTRO señala que los derechos sociales son derechos complejos y como tales exigirán una respuesta desde la estructura orgánica de la Constitución distinta de la que desde el mismo constitucionalismo liberal se proponía para los derechos fundamentales y libertades públicas²².

Todo ello ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 21 de julio de 2016 sobre la constitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012. Así, el Tribunal señala a este respecto que “el legislador, de acuerdo con el inherente componente de flexibilidad que caracteriza el marco constitucional, dispone de un amplio margen de configuración con relación al art. 43 CE, en tanto que precepto incluido en el Capítulo III del Título I CE”.

Cierto es que la objeción constituye una expresión de la libertad de conciencia que como tal pertenece a los derechos de primera generación y no encuentra las limitaciones en cuanto a su eficacia que ofrecen los derechos sociales, pero ello no obsta para que a través del argumento que hemos desarrollado no se aprecie como la habilitación no se equipara a la mera abstención en nuestro ordenamiento jurídico.

En el propio Derecho administrativo puede apreciarse la misma distinción entre habilitación y mera

tolerancia o, en similares términos, entre concesión y autorización. La respuesta jurídica que recibe la conducta del administrado consistente en desarrollar una acción u omisión dentro de un ámbito que originariamente correspondería a su espacio de libertad, o lo que es lo mismo, a su posibilidad de actuación en la esfera personal, pero que, por razones de protección del interés público o de intereses de terceros, la norma administrativa ha limitado, es bien distinta a aquella otra que supone ejercer su libertad en un ámbito que originariamente no tiene reconocido, como podría ser, por ejemplo, el uso del dominio público. En el primer caso hablamos, como venimos diciendo, de una mera tolerancia por parte de la Administración o en su caso de la remoción de los límites a un estado inicial de libertad (autorización), mientras que el segundo hablaríamos ya de una verdadera habilitación (concesión). La diferencia radica, pues, como plantea la doctrina administrativa, en la titularidad de base existente y en el carácter declarativo o constitutivo respecto de la esfera del administrado. En la objeción de conciencia positiva que es objeto de nuestro debate no se solicita ni el levantamiento de una prohibición general de la actividad en cuestión, expandiéndose así el ámbito genérico de la libertad individual ni la remoción de los límites impuestos al ejercicio de un derecho subjetivo preexistente²³, sino la concesión de la facultad previa inexistente que es la de ofrecer una prestación pública. Frente a ello no puede argumentarse que previamente el facultativo sí podía ofrecer la prestación al inmigrante sin papeles, con anterioridad al cambio que en nuestro ordenamiento opera el citado Real Decreto-ley 16/2012, so pena de incurrir en un error de concepto acerca de la naturaleza de las prestaciones y servicios públicos. El facultativo personal público de la Administración no tiene un espacio previo y originario de libertad que le habilite para prestar los servicios que estime más adecuados para el paciente, sino un espacio de actuación que le viene delimitado, no limitado, por el catálogo público de prestaciones. Por ello, el mero elemento fáctico de que anteriormente la norma le habilitara para ofrecer gratuitamente dicha prestación no altera dicho carácter delimitado de su libertad, no limitado.

No puede equipararse y, por ende, recibir la misma respuesta jurídica la conducta del médico que pretende que se le exima del deber legal de ofrecer una prestación cuando ello afecta a su conciencia, lo que se corresponde con un espacio previo de libertad

22 CASCAJO CASTRO, J.L., “Derechos sociales”, en VVAA, *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 29 y 30.

23 DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., *La actividad de la Administración. Lecciones de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 258 y 259.

que se ha visto limitado por norma, que aquel otro profesional que pretende ofrecer una prestación cuando tiene prohibido por norma hacerlo, aún cuando ambas se fundamenten en la misma libertad de conciencia, y ello, sin olvidar que el segundo caso estamos hablando de habilitar al sujeto para disponer libremente *contra legem* de un bien público, concederle una autorización de uso privativo de dicho bien en satisfacción de su libertad de conciencia.

Sirva como ejemplo de lo que venimos planteando, el propio régimen jurídico del silencio administrativo, por el que la concesión de una habilitación de actuar se sujeta al silencio negativo, mientras que la mera tolerancia se somete a las reglas más favorables para el administrado del silencio positivo (véanse, los artículos 24 y 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: entre otros, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente o de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas favorables). Tal diferente régimen jurídico del silencio responde, como no puede ser de otra manera, a la diferente posición de poder que ocupan los poderes públicos en el ámbito de la habilitación y en el de la mera tolerancia.

Así pues, y aunque, como planteamiento general, es difícil esgrimir un argumento que permita negar la virtualidad de la objeción positiva en cuanto expresión de libertad, mostrándose harto complejo no poder trasladar los mismos argumentos que sustentan la objeción negativa a la positiva en cuanto ambas son expresión de la misma libertad, la habilitación jurídica para actuar que su reconocimiento parece exigir un tratamiento jurídico diferente del que se otorga a la mera abstención, más aún, cuando ello incida en el propio poder configurador de los derechos sociales que le corresponde a los poderes públicos. La habilitación frente a la mera omisión queda sujeta a unos requisitos específicos menos flexibles y permisivos, ya que no se trata ya de respetar el ámbito de libertad que corresponde al ciudadano frente a la conducta que le impone el deber consagrado normativamente, sino de habilitarle para hacer algo que va más allá de su esfera propia de libertad, permitirle actuar en un ámbito en el que no se le reconoce naturalmente tal libertad.

Pero es que, además, puede apreciarse otra diferencia sustancial entre la objeción positiva y negativa

y esta es la de la diferente naturaleza del conflicto que se plantea en ambos casos. Si atendemos al conflicto específico con ocasión del cual estamos desarrollando nuestro debate, puede apreciarse dos elementos que lo singularizan frente a las expresiones negativas de libertad de conciencia en el ámbito sanitario: por un lado, como ya hemos explicado, el carácter habilitante que transforma una obligación de no hacer en una autorización de dar. Por el otro, el conflicto no se plantea ya entre dos derechos que colisionan, sino entre un derecho y el interés general.

El problema radica en este caso concreto en que el conflicto no enfrenta la libertad del objetor con el derecho del sujeto titular de la prestación que aquél, en reivindicación de un categórico moral, se abstiene de satisfacer (como ocurriría, en términos meramente didácticos, en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo o de la píldora abortiva), sino a dicha libertad con el interés general que pretende protegerse a través de la medida adoptada por el poder público en ejercicio de su facultad de configurar el derecho a la salud en garantía de la sostenibilidad del sistema sanitario. Si se admite la objeción del facultativo que se niega por razones de conciencia a cumplir la prohibición de ofrecer la prestación, se estaría permitiendo no limitar el derecho a la prestación sino su sacrificio. Véase que la regulación de la objeción no permite un sacrificio del derecho a la prestación del que exige acceder a la misma, sino una mera limitación, mientras que en el caso que nos estamos planteando, admitir que los médicos pueden objetar positivamente de la norma supone a la postre un sacrificio, no una mera limitación, del interés general que se pretende satisfacer a través de la misma, más aún, cuando dicho interés no es otro que el de la sostenibilidad del sistema público de salud consagrado en el artículo 43 de la Constitución.

Por otro lado, debemos recordar que el Real Decreto-ley no excluye a los inmigrantes sin papeles del derecho a la asistencia sanitaria, sino que limita al mismo sujetándolo a unos requisitos, pero garantizando en todo caso un mínimo esencial, mínimo garantizado que viene referido precisamente a aquellos casos en los que el derecho a la vida y a la integridad puede verse más comprometido o que vienen referidos a colectivos especialmente vulnerables (véase, asistencia en situaciones de urgencia, asistencia a embarazadas y menores de edad). Sin embargo, excluir la objeción positiva sobre la base de este argumento de respeto del mínimo esencial aboca a la postre a un debate más ideológico que jurídico de manera que consideramos que la principal objeción a la objeción

positiva, con perdón por la redundancia, se basa más en la naturaleza del conflicto que se plantea en el caso concreto, un conflicto entre un derecho individual y el interés general que en las propias circunstancias que concurren respecto de la limitación del derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes sin papeles.

Pero es que además puede también sostenerse desde la teoría de los derechos sociales y de su plasmación constitucional como meros principios rectores que si los poderes públicos tiene una mayor potestad de configuración de éstos frente a las libertades tradicionales, será lógico admitir que la operatividad de la objeción de conciencia frente a tal mayor poder configurador será necesariamente inferior. Si las facultades de control que sobre la decisión pública que afecte a los principios rectores les corresponde a los Tribunales es inferior a la que se les atribuye respecto de los derechos y libertades, lo que la doctrina ha denominado de manera muy ilustrativa, “posición de creatividad inferior de los Tribunales”²⁴, no puede admitirse que los ciudadanos también sujetos al ordenamiento dispongan de una amplia facultad de desvincularse de la norma cuando ello incide en las funciones de ordenación de los recursos económicos.

Como nos recuerda el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia 21 de julio de 2016, el derecho a la salud “se configura y concreta de acuerdo con lo que dispone la ley, que debe regular las distintas condiciones y términos en los que se accede a las prestaciones y servicios sanitarios. Es posible, en términos constitucionales, la falta de identidad entre el derecho al acceso universal al sistema de salud pública de ese “todos” del art. 43 CE, con que ese acceso a la sanidad pública incluya beneficiarse de un concreto régimen de prestaciones sanitarias gratuitas o bonificadas con cargo a fondos públicos ... Será la legislación la que en cada momento determine el alcance y la graduación de esa gratuidad, así como de las bonificaciones económicas en las prestaciones sanitarias de acuerdo con las exigencias derivadas de las circunstancias cambiantes, respetando los límites constitucionales”. Sin olvidar, además que “la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos

disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema” (ATC 96/2011), es decir, lo que CARMONA CUENCA denominó “reserva económica de lo posible”²⁵.

En definitiva, consideramos que si bien, desde una perspectiva general, puede admitirse la virtualidad en determinados casos de la objeción de conciencia positiva, en el caso que estamos abordando, el de la abstención a cumplir una prohibición legal, prestando la asistencia sanitaria que el sistema público de salud no permite, no parece admisible por los diferentes argumentos que hemos expuesto, entre los que destacan, tanto la distinción que el propio sistema jurídico hace entre inmunidades y habilitaciones como el de la diferente naturaleza del conflicto que subyace en este caso y, además, el del diferente poder de configuración que los poderes públicos tienen en materia del derecho a la salud como principio rector, lo que necesariamente informa a favor de restringir la conducta que pretenda oponerse a dicho poder.

Otra cuestión distinta será admitir sobre la base del estado de necesidad o de la inexigibilidad de otra conducta que en casos muy específicos el incumplimiento de la prohibición no ha de conllevar consecuencia jurídica alguna para el objetor o al menos que dichas consecuencias se vean especialmente atenuadas o minoradas, ya que, como hemos mantenido antes, el médico ostenta en virtud de su libertad de actuación, una facultad de contrapeso a determinadas decisiones generales que en casos concretos pueden mostrarse claramente contrarias a la salud del paciente. Así pues, admitir que el profesional ofrezca gratuitamente el servicio que se encuentra limitado por norma es posible en casos específicos pero no con carácter general como expresión de la objeción de conciencia positiva. Atender a un inmigrante sin papeles en contravención de la norma en un caso específico no puede equipararse, jurídicamente, a negarse a cumplir la prohibición con carácter general por razones de conciencia.

24 COSSIO DÍAZ, J.R., *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 268 y 269.

25 CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, p. 159.

LA PROTECCIÓN DE LA SALUD A TRAVÉS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE RIESGOS ALIMENTARIOS

Reyes Marzal Raga

Dpto. Derecho Administrativo

Universitat de València-Estudi General

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA SEGURIDAD ALIMENTARIA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DEL RIESGO. 3. LAS FASES DE LA GESTIÓN DEL RIESGO ALIMENTARIO EN LA LEY 17/2011, DE 5 DE JULIO, DE SEGURIDAD ALIMENTARIA Y NUTRICIÓN. 3.1. La fase de evaluación del riesgo alimentario. 3.2. La fase de gestión del riesgo alimentario. 3.3. La fase de comunicación del riesgo alimentario. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La Ley 17/2011 introduce un nuevo modelo de intervención administrativa sobre la seguridad alimentaria que responde al sistema de gestión de riesgos, sin desplazar las típicas medidas de policía administrativa. Se analiza el alcance que su implantación puede suponer para la mejor protección de la salud humana.

PALABRAS CLAVE

Protección de la salud humana, Seguridad alimentaria, Intervención administrativa.

ABSTRACT

Act 17/2011 introduces a new model for administrative involvement on food security that responds to the risk management system, without displacing the typical administrative police measures. It analyzes the extent that its implementation can bring to the better protection of human.

KEYWORDS

Protection of human health, Food security, Administrative intervention.

1. INTRODUCCIÓN

En la medida en que la salud humana depende de la alimentación, la intervención pública sobre la seguridad alimentaria es una actividad que requiere de bases sólidas y contrastadas. El modelo tradicional de intervención pública en este ámbito responde a la idea de policía administrativa o actividad de limitación, encaminada a la prevención de los peligros para la salud humana derivados de las actividades de los particulares e industrias alimentarias. Pero en la sociedad actual, la noción de riesgo ha venido a desplazar a la de peligro o prevención del orden público y por ello, la actividad administrativa de policía deviene insuficiente en este ámbito de la seguridad alimentaria y requiere un nuevo modelo de base científica amparado en el análisis o gestión de riesgos.

El Derecho comunitario ya había iniciado el camino hacia este nuevo modelo de seguridad alimentaria con la publicación del Reglamento (CE) nº 178/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad

Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria¹. Expresamente, en su artículo 6.1 dispone que “con el fin de lograr el objetivo general de un nivel adecuado de protección de la salud y la vida de las personas, la legislación alimentaria se basará en el análisis del riesgo, salvo que éste no convenga a las circunstancias o a la naturaleza de la medida legislativa”, confirmando así la evolución del Derecho de la Unión Europea hacia el sistema de gestión de riesgos.

Como se verá, la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición, evidencia un cambio en los instrumentos tradicionales de nuestro Derecho interno en materia de seguridad alimentaria y se alinea con las exigencias del Derecho comunitario en este ámbito². El análisis que pretendemos nos ofrece una inmejorable ocasión para mostrar el alcance de esta evolución en nuestro sistema de seguridad alimentaria y las peculiaridades que lo caracterizan a

1 El alcance del Reglamento (CE) n° 178/2002 se analiza por GONZÁLEZ VAQUE, Luis, “El Derecho alimentario en la Unión Europea: la interpretación del Reglamento n. 178/2002 relativo a los principios y requisitos generales de la legislación alimentaria”, *Revista de Direito Agrário, Ambiental e da Alimentação*, n° 1, 2005, pp. 261-270. Del mismo autor, véase también “Objetivo: la seguridad alimentaria en la Unión Europea (el Reglamento (CE) n° 178/2002)”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, n° 223, 2003, pp. 59-71. Por referencia a las modificaciones genéticas, MELLADO RUIZ, Lorenzo, “La nueva regulación comunitaria sobre los alimentos y piensos modificados genéticamente”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 7, 2005.

Véase también nuestra aportación en MARZAL RAGA, Reyes, “Principios y requisitos generales de la legislación alimentaria”, en *Derecho, Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, (VVAA), Vol. II, Universitat de València, 2007, pp. 179-189; y en concreto la referencia al carácter vinculante de los principios comunitarios respecto de la legislación española.

2 Sobre la evolución del sistema de policía hacia el sistema de gestión de riesgos, véase ESTEVE PARDO, José, “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 119, 2003, pp. 327-328.

Con expresa referencia a los casos críticos que llevaron al cambio de modelo de intervención, véase RODRÍGUEZ FONT, Mariola, *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Marcial Pons, 2007, pp. 62-78; para quien el nuevo sistema de gestión del riesgo combina las típicas medidas reguladoras de la policía administrativa, de tipo unilateral y jerárquico, con otras herramientas de control, dada la insuficiencia de las primeras para afrontar de modo eficaz los riesgos tecnológicos actuales. No obstante, el arraigo de los instrumentos tradicionales de policía administrativa es hoy por hoy superior al de los nuevos instrumentos (pp. 246-247).

Para calificar esta situación de transición entre el sistema de policía y el de gestión de riesgos, MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, 2004, p. 118, utiliza la expresión “Derecho administrativo neopolicial” al referirse a la idea de la transformación de las técnicas de policía en la intervención administrativa.

la luz de los principios del sistema de gestión de riesgos alimentarios, sin perjuicio de la correspondiente legislación sectorial³ y de la posible aprobación de la propuesta de tratado de libre comercio entre la Unión Europea y Estados Unidos, la conocida como Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) que, a día de hoy se encuentra en tramitación y aunque la opacidad de las negociaciones impide ahora un análisis serio de su alcance sobre la seguridad alimentaria, de aprobarse, sin duda, requerirá una profunda revisión de las bases del sistema actual al que nos vamos a referir⁴.

El punto de partida para nuestro estudio se encuentra en el expreso reconocimiento legislativo del *derecho a la seguridad alimentaria*, que se muestra como una de las manifestaciones del derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 de la Constitución. El propio texto lo define como un derecho con amplias facultades, comprensivo del derecho a conocer los riesgos potenciales que pudieran estar asociados a un alimento y/o a alguno de sus componentes; a conocer la incidencia de los riesgos emergentes en la seguridad alimentaria; y a que las Administraciones competentes garanticen la mayor protección posible frente a dichos riesgos (artículo 1). Como apunta MENENDEZ REXACH, se trata de un derecho a la información en el marco más amplio de las prestaciones de salud pública, que los poderes deben garantizar aunque a su juicio no es una proclama suficiente porque falta la concreción de los contenidos sustantivos del derecho, que deben pormenorizar los del más genérico derecho constitucional a la protección de la salud⁵.

3 Nos referimos, sin duda, a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que, hasta la fecha, son los textos legislativos de referencia en el ámbito de la seguridad alimentaria que legitimaron la potestad de policía, en ausencia de una Ley especial en esta materia. Pero también ha de atenderse a las disposiciones contenidas en otras legislaciones sectoriales como la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de publicidad o la regulación sobre etiquetado y trazabilidad, por ejemplo.

4 Sobre el alcance de este tratado sobre las políticas de seguridad alimentaria en la Unión Europea, véase GONZÁLEZ CARRASCO, M^a Carmen, “Algunas cuestiones sobre el Tratado de libre comercio EEUU-UE (TTIP) y sus efectos en la protección de la salud de los consumidores”, *Revista CES-CO de Derecho de Consumo*, n° 17/2016, pp. 1-10. La autora se pregunta sobre cuál será finalmente el grado de firmeza de la UE en las negociaciones conducentes al TTIP en cuanto al mantenimiento de sus políticas de protección de la salud y la seguridad alimentaria de los consumidores, sin poder aventurar la respuesta aunque apunta que “Nos va la salud en ello” (p. 10).

5 MENENDEZ REXACH, Ángel, “El derecho a la seguridad alimentaria como derecho a la información: el sistema de alerta y sus implicaciones procedimentales”, en

Para hacer efectivo este derecho, el texto legislativo contempla distintos instrumentos en orden a asegurar un nivel elevado de protección de la salud de las personas en relación con los alimentos, y a establecer las bases para el fomento de hábitos saludables que permitan luchar contra la obesidad. En este sentido, podríamos decir que se trata de una Ley moderna, porque incorpora al concepto de seguridad alimentaria los hábitos de alimentación saludables, inicialmente vinculados a la regulación sanitaria. Y también porque permite que la seguridad alimentaria, como concepto jurídico, supere los parámetros positivos de la tradicional regulación sobre las ciencias de la vida y muestre una dimensión más cualitativa que cuantitativa, al incluir no sólo lo relativo a la inocuidad de los alimentos sino también los aspectos relativos a la nutrición humana, que en la actualidad son un elemento indispensable para la protección de la salud.

2. LA SEGURIDAD ALIMENTARIA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DEL RIESGO

La Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición explicita la apuesta legislativa por un sistema de gestión de riesgos en materia de seguridad alimentaria y podría decirse que acoge un concepto amplio de seguridad alimentaria que, sin abandonar la típica actividad de policía administrativa, se asienta ahora en la evaluación y gestión del riesgo alimentario sobre la salud humana. Como bien recoge su Preámbulo, la Ley atiende con un enfoque integral las perspectivas clásicas de la seguridad alimentaria tales como la detección y eliminación de riesgos físicos, químicos y biológicos, desde un nuevo enfoque anticipatorio amparado jurídicamente en el principio de precaución.

En esencia, el modelo de gestión de riesgos mantiene las típicas medidas de policía pero introduce el nuevo tratamiento del riesgo mediante la ampliación de los instrumentos preventivos encaminados al cumplimiento de ciertos objetivos, entre los que destacan la generación de un alto nivel de seguridad de los alimentos y piensos, la contribución a la prevención de los riesgos para la salud humana derivados del consumo de alimentos, y la regulación de los procedimientos para la evaluación, la gestión y la comunicación de los riesgos alimentarios. Podríamos

decir que, superando la clásica distinción formulada para explicar los ámbitos de actuación administrativa así como la noción de orden público propias del sistema de policía administrativa⁶, la apuesta legislativa de la Ley 17/2011 en favor del sistema de gestión de riesgos determina otra perspectiva en la conformación de los instrumentos de seguridad alimentaria, que gira ahora en torno al concepto de riesgo -o mejor dicho de su nivel de tolerancia- y no tanto en el de peligro; y la *auctoritas* que caracteriza al sistema de policía se sustituye por la actividad de colaboración con los particulares, aun con la obligación de evaluar y controlar los riesgos que ellos han generado. Dicho de otro modo, frente a la coacción como herramienta característica del sistema de policía y encaminada a que los particulares adecúen su comportamiento o actividad al interés general, ahora también se requiere de la participación de los particulares y de las empresas para la consecución de los objetivos de la seguridad alimentaria que la Ley pretende, lo cual es una evolución hacia el nuevo sistema de gestión del riesgo⁷, donde los poderes públicos asumen nuevas obligaciones para las que se precisa de nuevos instrumentos de intervención.

En efecto, la Ley no traduce un sistema puro de intervención sino un híbrido que, en esencia, mantiene las medidas propias del sistema de policía administrativa, al tiempo que introduce nuevos mecanismos para la consecución de los objetivos de la seguridad alimentaria previstos en el texto legislativo⁸.

6 Según la clásica distinción acuñada por JORDANA DE POZAS, Luis, "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo", *Revista de Estudios Políticos*, nº 48, 1949, pp. 41 y sgtes., puede hablarse de actividad de policía, de prestación de servicios y de fomento. Como sabemos, las típicas medidas de policía responden a lo que inicialmente recogía el artículo 5 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 como técnicas para la intervención en la actividad de los administrados (reglamentos y una variedad de actos administrativos tales como órdenes, autorizaciones, licencias, permisos y prohibiciones ...).

7 La intervención de los particulares en la seguridad alimentaria se incluye en el *Libro Blanco de la Seguridad Alimentaria* de la Comisión Europea el 12 de enero de 2000 (COM/99/0719 final), donde por primera vez se definen a grandes rasgos las responsabilidades de los operadores alimentarios, de las Administraciones públicas nacionales y europeas e incluso los ciudadanos.

8 Nótese la amplitud de miras con que la Ley 17/2011, de Seguridad Alimentaria y Nutrición recoge los objetivos de la seguridad alimentaria por referencia a fines específicos recogidos en el apartado segundo de su artículo 1, y en concreto: a) El establecimiento de instrumentos que contribuyan a generar un alto nivel de seguridad de los alimentos y los piensos y la contribución a la prevención de los riesgos para la salud humana derivados del consumo de alimentos. b) La fijación de las bases para la planificación, coordinación y desarrollo de las estrategias y actuaciones que fomenten la información, educa-

Estudios Jurídicos sobre Seguridad Alimentaria, MENENDEZ REXACH, Ángel (Dir.), Marcial Pons, 2015, p. 98.

En esta dirección, la Ley recoge un amplio catálogo de instrumentos encaminados a la gestión del riesgo derivado del progreso científico y técnico en materia alimentaria, partiendo de un riesgo caracterizado por el contexto de incerteza en que se adoptan las decisiones que lo generan, lo cual supone un importante cambio en las tradicionales formas de intervención administrativa⁹. Se evidencia así que la demanda social de protección ante el riesgo alimentario suscita un aumento de la regulación pública con unos perfiles bien delimitados en este ámbito, pero también requiere la intervención de los agentes privados del sector alimentario y de los particulares. El nuevo sistema confiere a cada uno de estos sujetos una diferente intervención de modo que las Autoridades y Agencias de seguridad alimentaria participan activamente en la fase de análisis y determinación del riesgo, y los centros de poder político y administrativo intervienen en la gestión y decisión sobre los riesgos alimentarios para la salud humana¹⁰.

En este juego, podrá advertirse, el *principio de prevención* se ofrece como un instrumento determinante para amplificar las potestades de la Administración, permitiendo su intervención en la actividad

ción y promoción de la salud en el ámbito de la nutrición y en especial la prevención de la obesidad. b) El establecimiento de los medios que propicien la colaboración y coordinación de las administraciones públicas competentes en materia de seguridad alimentaria y nutrición. c) La regulación de los procedimientos para la evaluación, la gestión y comunicación de los riesgos alimentarios, así como la regulación de procedimientos de actuación en supuestos de crisis o de emergencias. d) La regulación de los procedimientos para la evaluación, la gestión y comunicación de los riesgos alimentarios, así como la regulación de procedimientos de actuación en supuestos de crisis o de emergencias.

9 Sobre el contexto de incerteza, RODRIGUEZ FONT, Mariola, *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria ...*, op. cit., pp. 246-247, apunta que “donde se impone la certeza, pierde el riesgo su protagonismo”, y aunque ambas situaciones (riesgo y peligro) se dan en tanto en el sistema de policía como en el de gestión, lo que realmente caracteriza el riesgo actual es el contexto de incerteza.

Véase también el magistral análisis efectuado por RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel, *Seguridad Alimentaria y Nuevos Alimentos. Régimen jurídico-administrativo*, Thomson, 2006, pp. 147-153, en relación con las distintas fórmulas jurídicas ante la incertidumbre. Frente a las más tradicionales técnicas para la adopción de decisiones en situación de incertidumbre como por ejemplo las presunciones, la prueba indiciaria o las medidas cautelares; el autor destaca la vigencia de nuevos métodos como la denominada cláusula técnica o cláusula de progreso, la inversión de la carga de la prueba y la novedosa aplicación del principio de precaución en materia de seguridad alimentaria.

10 La creciente intervención de los agentes privados en la consecución de la seguridad alimentaria se ha destacado por ESTEVE PARDO, José, *Técnica, Riesgo y Derecho (Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental)*, Ariel, 1999, pp. 29 y sgtes.

de los particulares sin que necesariamente la certeza sobre el riesgo alimentario resulte científicamente constatada, lo cual supone una importante novedad en el ámbito de la seguridad alimentaria y en consecuencia, en las medidas de protección de la salud humana¹¹.

3. LAS FASES DE LA GESTIÓN DEL RIESGO ALIMENTARIO EN LA LEY 17/2011, DE 5 DE JULIO, DE SEGURIDAD ALIMENTARIA Y NUTRICIÓN

Desde una perspectiva metodológica, el sistema de análisis del riesgo es un proceso o conjunto de conocimientos encaminados a evaluar la probabilidad de que un agente (físico, químico, biológico o de cualquier otro tipo) produzca un efecto adverso para la salud humana¹². Se trata de un procedimiento complejo y sistemático que permite establecer las medidas o acciones eficaces, proporcionadas y específicas para la gestión del riesgo alimentario. Con este objetivo, el sistema consta de tres fases interrelacionadas: la evaluación o determinación del riesgo (*risk assessment*), la gestión del riesgo propiamente dicha (*risk management*) y su comunicación (*risk communication*).

Sistemáticamente, la Ley 17/2011, de Seguridad Alimentaria y Nutrición evita en su articulado la referencia expresa a las distintas fases que comprende el sistema de gestión de riesgos en su definición teórica aunque, no obstante, pretendemos mostrar que la Ley mantiene dicho criterio como hilo conductor de su articulado, sin por ello olvidar las tradicionales técnicas de policía administrativa. La exposición que nos proponemos permitirá advertir incipientemente los cambios que ha sufrido el sistema en su evolución y, lo que es más importante, concluir sobre el alcance que ha supuesto la nueva Ley para la fijación de los instrumentos de intervención administrativa en materia de seguridad alimentaria encaminados a la protección de la salud humana.

11 Sobre el principio de precaución en materia alimentaria, GONZÁLEZ VAQUE, Luis, “La aplicación del principio de precaución en la legislación alimentaria: ¿una nueva frontera de la protección del consumidor?”, *Estudios sobre Consumo*, nº 50, 1999, pp. 9-25. Y también BAÑO LEÓN, José María, “El principio de precaución en el Derecho público”, en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, BOIX REIG, Javier y BERNARDI, Alessandro (Codir.), Iustel, 2005, pp. 29-41.

12 MOLAK, Vlasta, *Fundamentals of Risk Analysis and Risk Management*, CRC Press, 1996, p. 1; citado por RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel, *Seguridad Alimentaria y Nuevos Alimentos ...*, op. cit., p. 74.

3.1 LA FASE DE EVALUACIÓN DEL RIESGO ALIMENTARIO

La evaluación del riesgo alimentario sobre la salud humana es la primera de las fases del sistema de gestión de riesgos y comienza con su identificación, caracterización o evaluación, con el objeto de estimar la probabilidad de producir un efecto nocivo en la salud de la población. En el sistema de gestión de riesgos, esta fase se caracteriza por su marcado componente científico y de necesario asesoramiento especializado a los organismos decisores, y por ello se contempla la necesidad de institucionalizar el saber a través de Autoridades, Agencias u otro tipo de organizaciones encaminadas a promover la producción científica y la evaluación del conocimiento y los riesgos.

Para el Derecho público, esta metodología se concibe como una garantía procedimental encaminada a evitar decisiones científicas arbitrarias y en consecuencia, posteriores decisiones administrativas no motivadas o discrecionales, que de otro modo caerían ante el control jurisdiccional de la actuación administrativa. No obstante, se han alzado voces autorizadas que alertan del riesgo que supone esta forma de dependencia científico-técnica, considerada una amenaza para aspectos esenciales de la legitimidad democrática del poder y de la legalidad en la toma de decisiones en el contexto de la prevención y corrección del riesgo¹³.

La Ley 17/2011, de Seguridad Alimentaria y Nutrición, no obstante mantener la necesidad de control oficial sobre el cumplimiento de la regulación sectorial -que es una de las típicas actuaciones de policía administrativa-, participa de los elementos que caracterizan esta fase en el sistema de gestión de riesgos y así puede colegirse de la proclama contenida en su artículo 5, por remisión a las disposiciones del citado Reglamento (CE) nº 178/2002, en cuanto dispone que la evaluación del riesgo “se basará en las pruebas científicas disponibles y se efectuará de una manera independiente, objetiva y transparente” (artículo 6.2)¹⁴. Con este fin, la Ley reconoce la necesidad de

una organización especializada y también concibe nuevos instrumentos encaminados a la efectividad de la evaluación del riesgo para la salud humana, muy concretamente la remisión a la planificación, y acompaña tales herramientas de la consolidada tendencia del Derecho público actual hacia el sistema de autorregulación, como nuevo enfoque de la actividad administrativa de control previo.

3.1.1 Las estructuras orgánicas para la seguridad alimentaria

De acuerdo con las previsiones recogidas en el *Libro Blanco sobre la Seguridad alimentaria* redactado por las instituciones europeas en el año 2000¹⁵, se crea la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (Ley 11/2001, de 5 de julio) como órgano encargado de mejorar la gestión integral de la seguridad alimentaria en toda la cadena de producción, elaboración, distribución y consumo. Como sabemos, la Ley 17/2011, de Seguridad Alimentaria y Nutrición mantiene este órgano de naturaleza científica como elemento fundamental en la construcción de la seguridad alimentaria, si bien el Real Decreto 19/2014, de 17 de enero ha reestructurado esta institución creando un nuevo organismo autónomo denominado Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN)¹⁶. Junto a esta estructura orgánica, la Ley reconoce otros órganos

Ángel, *Seguridad Alimentaria y Nuevos Alimentos ...*, op. cit., pp. 82-84, por referencia a los distintos principios que rigen el sistema como son el enfoque estructurado de la gestión de riesgos; la protección de la salud humana como consideración primaria en las decisiones de gestión de riesgos; la transparencia y la proporcionalidad como principios de actuación; la determinación de una política de evaluación de riesgos; el aseguramiento de la integridad científica; la imprecisión en el resultado de la evaluación de riesgos; la inclusión de la comunicación clara e interactiva con los consumidores y otras partes interesadas y la definición de la gestión como un proceso continuo en la evaluación y revisión de las decisiones de gestión, de acuerdo con todos los datos generados.

15 El texto del dicho documento está disponible en la URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A132041> (consulta diciembre 2015).

16 Sobre el alcance de las autoridades de seguridad alimentaria, véase FRANCH SAGUER, Marta, “La seguridad alimentaria: Las Agencias de Seguridad Alimentaria”, *Revista de Administración Pública*, nº 159, p. 321. Nótese, no obstante, la preexistencia de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, creada mucho antes de la aprobación de la Ley 17/2011, de Seguridad Alimentaria y Nutrición, mediante Ley 11/2001, de 5 de junio. En la actualidad, el Real Decreto 19/2014, de 17 de enero ha creado el organismo autónomo denominado Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN), consecuencia de la refundición de los organismos autónomos Instituto Nacional del Consumo y Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, aprobando asimismo el estatuto del nuevo organismo.

13 CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, “Seguridad y calidad productiva: de la intervención policial a la gestión de riesgos”, *Revista de Administración Pública*, nº 178, p. 99. Y también DOMENECH PASCUAL, Gabriel, “No del todo fiables. Organizaciones privadas de expertos y regulación del riesgo. El caso de los campos electromagnéticos”, en *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, DARNACULLETA, Mercé, ESTEVE, José y SPIECKER GEN. DÖHMANN, Indra (Ed.), Marcial Pons, 2015, pp. 155-180.

14 En relación con los principios inspiradores de la fase de análisis del riesgo, véase RECUERDA GIRELA, Miguel

necesarios para garantizar el novedoso derecho a la seguridad alimentaria y entre ellos se encuentra el Observatorio de la Nutrición y Estudio de la obesidad (artículo 38) y una Red de Laboratorios oficiales (artículos 33 a 35) que actúan como centros nacionales de referencia y entre los que a día de hoy destacan el Centro Nacional de Alimentación (CNA)¹⁷ y el Laboratorio Nacional de Referencia de Biotoxinas Marinas.

En verdad, la creación de este tipo de órganos administrativos, tanto a nivel comunitario (*European Food Safety Authority*, EFSA) como estatal (AECOSAN) o autonómico, se valora muy positivamente desde el modelo de gestión de riesgos en cuanto implica una procedimentalización en la toma de decisiones de la que carecía el modelo tradicional de intervención administrativa, al tiempo que también se potencia la participación de los distintos sectores afectados y la transmisión de información mediante la creación de redes o sistemas de alerta, garantizando que la información pueda llegar más fácilmente al ciudadano y puedan adoptarse medidas de protección de la salud que de otra manera difícilmente se acometerían.

Por otra parte, la descentralización territorial de nuestro Estado determina en todos estos casos un concreto modelo de organización administrativa asentado en la delimitación de la competencia del Estado sobre las *bases y coordinación general de la sanidad* (artículo 149.1.16^a CE)¹⁸, lo cual requiere entre otras decisio-

17 En relación con las competencias atribuidas al Centro Nacional de Alimentación (CNA), véase el artículo 33 del Reglamento (CE) n° 882/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre los controles oficiales efectuados para garantizar la verificación del cumplimiento de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar de los animales.

18 En relación con la colisión entre estos distintos títulos de atribución, REBOLLO PUIG, Manuel, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Ed. INAP, 1989, pp. 279-337, con cita de la doctrina constitucional y los criterios para la resolución de conflictos entre los distintos títulos.

Como sabemos, no es pacífica la admisión de la competencia del Estado en materia alimentaria de acuerdo con los títulos constitucionales relativos a sanidad, defensa del consumidor y ordenación general de la economía. En relación con la competencia estatal en materia de salud, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional n° 69/1988, relativa a las reglas jurídicas aplicables a los productos alimenticios como parte esencial de la protección de la salud, con la consecuencia de que la disciplina sanitaria de los productos alimenticios puede comprenderse en el título competencial relativo a sanidad, pero también defensa del consumidor, pues esta materia “no excluye la que al Estado le confiere el art. 149.1.16^a CE para dictar normas que, por su finalidad de aseguramiento uniforme de las condiciones de igualdad en la protección de la salud de todos los consumidores potenciales de cualquier clase de productos, y especialmente de los alimenticios, constituyan reglas básicas de aplicación general, delimitadoras de aquella competencia autonómica y, por consiguiente, vinculantes e indisponibles para la Comunidad

nes de la adopción de medidas interadministrativas de muy distinto alcance y la aplicación de los principios rectores de la organización administrativa, muy especialmente del principio de coordinación¹⁹.

Pero lo que importa destacar en este punto es que en el ámbito de la seguridad alimentaria, la evaluación del riesgo para la salud humana queda en manos de la organización administrativa, esto es, de los poderes públicos, sin perjuicio de la intervención que pueda darse a los sujetos privados –con o sin asunción de funciones públicas- y en última instancia al consumidor, lo cual es una diferencia destacable respecto de otros ámbitos como por ejemplo el industrial, en los que también impera el sistema de evaluación de riesgos²⁰.

3.1.2 La Planificación de la seguridad alimentaria

La definición de los instrumentos de planificación en materia de seguridad alimentaria es de capital importancia en la fase de evaluación del riesgo, y

titular de la misma”. Véase también la Sentencia del Tribunal Constitucional n° 147/1996, relativa a la competencia estatal ex art. 149.1.16^a CE para disciplinar los datos que obligatoriamente han de figurar en el etiquetado de los productos alimenticios, dada la relevancia que para la salud humana tiene esa particular información.

Sobre la competencia del Estado para la planificación económica vinculada al sector agroalimentario, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional n° 6/2014, por la que desestima la competencia estatal en relación con el Real Decreto 405/2010, por el que se establecía un sistema voluntario de identificación a través del logotipo de la “Letra Q” para los productos lácteos. A juicio del Alto Tribunal, el limitado alcance que le presta su naturaleza de normativa de cumplimiento voluntario para los operadores constituye una medida de escasa entidad o repercusión económica, que en ningún caso homogeneiza o condiciona el acceso de aquéllos al mercado. Por ello, sólo presenta una débil vinculación con la ordenación económica general del subsector lácteo que, en ningún caso es equiparable a la Planificación agroalimentaria. Véase también la Sentencia del Tribunal Constitucional n° 104/2013, en relación con la competencia estatal sobre el sector agropecuario.

19 Como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional n° 1/2011, con cita a la consolidada jurisprudencia iniciada por la Sentencia n° 42/1983, la competencia de “coordinación general” en el ámbito sanitario es distinta de la “fijación de las bases” en este sector y pretende integrar la diversidad de las partes en el conjunto, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones. De ello concluye que las facultades de coordinación no pueden conllevar al mismo tiempo el ejercicio paralelo de competencias ejecutivas, algo que sólo está permitido constitucionalmente en supuestos expresamente previstos como por ejemplo el del artículo 149.2 CE.

20 En el ámbito de la evaluación industrial, los sujetos privados han adquirido un amplio protagonismo en la gestión del riesgo, ejerciendo funciones públicas relacionadas con la seguridad y calidad industrial. Sobre la cuestión, véase CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, “Seguridad y calidad...”, op. cit., p. 103.

no sólo por lo que de previsión puede suponer sino también por el grado de interrelación que produce para con otros ámbitos igualmente importantes en este sector de la actividad²¹. La acuñada capacidad sistematizadora que caracteriza a los instrumentos de planificación -manifestada en una pluralidad de ámbitos de intervención administrativa sobre los que se proyecta- permite la concreción de los intereses implicados y su adecuada ponderación²².

La Ley 17/2011, de Seguridad Alimentaria y Nutrición reconoce expresamente la planificación como instrumento necesario para la evaluación del riesgo aunque no obstante, con anterioridad a la aprobación de la Ley, algunas regulaciones autonómicas venían contemplando la planificación como una de las herramientas de intervención en materia alimentaria²³. La concreción de esta potestad planificadora se fija en la Ley por referencia a la elaboración del *Plan Nacional de Control oficial de la Cadena Alimentaria* (artículo 15), que es el documento que recoge las previsiones del citado Reglamento (CE) nº 882/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo.

En el ámbito de la Administración General del Estado, el primer plan alimentario fue el Plan Nacional de Control de la Cadena Alimentaria 2007-2010,

21 Los instrumentos de planificación, cuya eficacia se ha extendido a muchos sectores, permiten recoger en un solo documento y para un determinado ámbito territorial, el conjunto de actuaciones encaminadas a la consecución de la seguridad alimentaria.

22 La doctrina ha glosado la importancia de la planificación y su virtualidad sistematizadora, en tanto que supone un esfuerzo de reflexión sobre la situación actual del fenómeno en su conjunto y de su problemática; permite la concreción de los intereses implicados y su adecuada ponderación, así como la selección de los fines y objetivos a alcanzar. Además conlleva el diseño de un modelo racional, sistemático y coherente de acción a ejecutar en un determinado plazo de tiempo. Como ha señalado FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Planificación económica", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo XIX, 1989, p. 784, sólo cabe considerar la planificación como una nueva forma de actuación de la Administración "en la medida en que el plan supone una sistematización de la actividad administrativa, integrando en un conjunto coherente todas las técnicas y formas de actuación tradicionales". Sobre el concepto de Plan, véase MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, "Antecedentes del concepto de plan y referencia a la legislación de fomento del siglo XIX", *Revista de Administración Pública*, nº 49, pp. 39-48. Y del mismo autor, "Presupuestos políticos y fundamentación constitucional de la planificación administrativa", *Revista de Administración Pública*, nº 50, pp. 111-146.

23 Es el caso, por ejemplo, de la Ley 4/2005, de 17 de junio, de Salud Pública de la Comunidad Valenciana, cuyo Capítulo V recoge la figura del *Plan de Seguridad Alimentaria*, al tiempo que crea la Agencia Valenciana de Seguridad Alimentaria, con el objetivo de reforzar la estructura que sustenta el citado Plan.

del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y tenía como objetivo cumplir con el artículo 41 del Reglamento (CE) nº 882/2004²⁴. Más tarde, y ya de acuerdo con la Ley 17/2011, se aprobó el Plan Nacional de Control Oficial de la Cadena Alimentaria 2011-2015; y en la actualidad está vigente el Plan Nacional de Control Oficial de la Cadena Alimentaria 2016-2020²⁵. También las Comunidades Autónomas han desarrollado su capacidad planificadora para la gestión del riesgo alimentario, a través del control público de la cadena alimentaria²⁶.

Pero junto a esta tipología de plan general, el legislador ha querido precisar dos ámbitos concretos de la seguridad alimentaria, en coherencia con los principios que inspiran la Ley. El primero de ellos se refiere a la elaboración de la denominada *Estrategia de la Nutrición, Actividad física y Prevención de la obesidad* (NAOS), dando así rango legislativo a la iniciativa que ya en 2005 había formulado el Ministerio de Sanidad y Consumo para sensibilizar a la población del riesgo que supone la obesidad para la salud humana²⁷. Y junto a éste, también recoge la necesidad de un *Plan de Fomento de la Seguridad Alimentaria dirigida a personas dependientes y con necesidades especiales* (artículos 36 y 42), sin perjuicio de la remisión a la correspondiente normativa sectorial, como por ejemplo la relativa a defensa de los consumidores y usuarios; a la competencia desleal o a la publicidad de los alimentos (artículos 44 y 46 de la Ley 17/2011), sin olvidar la regulación en materia de alimentos transgénicos, que cada vez más

24 El texto completo de este Plan Nacional de Control de la Cadena Alimentaria está disponible en la URL: http://www.aesan.msc.es/AESAN/web/control_oficial/ (consulta diciembre 2015).

25 El vigente Plan Nacional de Control Oficial de la Cadena Alimentaria 2016-2020 está disponible en la URL <http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/nacional-de-control-de-la-cadena-alimentaria> (consulta enero 2016).

26 Véase, por ejemplo, el Decreto 61/2016, 20 de mayo, del Consell, por el que se regula la elaboración, aprobación y seguimiento del Plan de Seguridad alimentaria de la Comunitat Valenciana.

27 En el seno del Ministerio de Sanidad y Consumo, en febrero de 2005 se implanta la Estrategia NAOS, coordinada por la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN), como modelo en la lucha contra la obesidad, creando una plataforma donde incluir e impulsar todas aquellas iniciativas que contribuyan a lograr el necesario cambio social en la promoción de una alimentación saludable y la prevención del sedentarismo. Véase BALLESTEROS ARRIBAS, Juan Manuel, DAL-RE SAAVEDRA, Marián, PÉREZ-FARINÓS Napoleón y VILLAR VILLALBA, Carmen, "La estrategia para la nutrición, actividad física y prevención de la obesidad (Estrategia NAOS)", *Revista Española de Salud Pública*, Vol. 81, nº 5, 2007, pp. 443-449.

exigen los consumidores preocupados por la protección de la salud²⁸.

La planificación se ha diseñado en la Ley como instrumento básico de la seguridad alimentaria, en coherencia con los mecanismos del sistema de gestión de riesgos, lo que supone una retracción de la potestad normativa o regulatoria, más propia del sistema de policía, y consolida así el cambio de modelo de intervención administrativa en materia de seguridad alimentaria.

3.1.3 Los mecanismos de autorregulación, en concreto las auditorías alimentarias

También la Ley 17/2011 reconoce la autorregulación como instrumento ideal para la evaluación del riesgo alimentario. Se trata de uno de los instrumentos de seguridad alimentaria que mejor evidencia la evolución hacia el modelo de gestión de riesgos, en la medida en que combina el control o actividad de policía que corresponde a la Administración en el sistema tradicional, con la intervención de los particulares, que es una tendencia generalizada en el nuevo Derecho público²⁹. Por oposición al modelo tradicional de policía, la intervención administrativa diseñada en la Ley para esta fase no queda limitada al ejercicio de las potestades de control e inspección, sino que se amplía a nuevas funciones en que las empresas resultan directamente implicadas en el control de la seguridad alimentaria, al tiempo que asumen un importante papel en la gestión de la información y en la publicidad de los alimentos (artículo 45). De este modo, la Ley viene a reconocer la autorregulación (o mejor dicho, la autorregulación regulada) como instrumento de intervención en el ámbito de la seguridad alimentaria, generalizando así lo que ya inicialmente se había impuesto por ejemplo, a través del

denominado método de Análisis de peligros y puntos críticos de control (APPCC), por referencia a mecanismos concretos como el sistema de auditorías o de certificación³⁰, y con las distintas herramientas de normalización diseñadas para garantizar la trazabilidad alimentaria, la calidad (normas ISO, normas UNE, normas de Línea Fría, etc ...) ³¹ y otros sectores vinculados indirectamente a la seguridad alimentaria como por ejemplo la publicidad alimentaria y la protección de menores, sujetas cada vez más a códigos de autocontrol³². Como sabemos, los instrumentos de autorregulación admiten la remisión a normas infralegales y no vinculantes (*soft law*), muy útiles en las situaciones en que existe un grado de incertidumbre científica, y con ello muestran una traslación de funciones públicas al sector privado que, en último término, exigen redefinir las garantías que debe ofrecer la Administración como supervisor del sistema³³.

Por otra parte, la Ley dedica especial atención a la *Auditoría*, como instrumento encaminado a verificar que los controles relativos al cumplimiento de la legislación referida a las distintas fases de la cadena alimentaria se aplican de forma efectiva y son o no adecuados para alcanzar los objetivos de dicha legislación (artículo 16). Se advierte así una superación de la técnica de certificación, que en origen nació como mecanismo para garantizar la calidad y abre un amplio abanico de posibilidades en garantía de la seguridad alimentaria. No obstante, se ha de diferenciar entre aquellas auditorías que son obligatorias porque así lo exige la seguridad alimentaria, como es el caso de la Auditoría APPCC, preceptiva para la producción de alimentos en la UE; de aquellas otras de carácter

28 Sobre la problemática de los transgénicos, LÓPEZ VILLAR, Juan, *Derecho y transgénicos: regulando incertidumbre*, Atelier, 2008. Véase también APARISI MIRALLES, Ángela, "Alimentos transgénicos y derecho humano a la salud", *Cuadernos de bioética*, Vol. 15, nº 53, 2004, pp. 59-76, y ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire, "Reflexiones constitucionales sobre los alimentos transgénicos: libre competencia, salud pública y derechos de los consumidores", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5, 2005, pp. 1244-1253.

29 Para RODRIGUEZ FONT, Mariola, *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria ...*, op. cit., p. 292, la autorregulación constituye hoy en día un complemento a las técnicas de regulación de la policía administrativa y forma parte del sistema de gestión de riesgo. Véase también MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Vol. I, Civitas, 2004, pp. 1248-1292, para quien la autorregulación puede clasificarse en normativa, ejecutiva y gestión privada de mercados de interés público.

30 El Análisis de Peligros y Puntos Críticos de Control (APPCC) es un sistema de autocontrol de la inocuidad de los alimentos aunque, no obstante, los servicios oficiales de inspección administrativa conservan la supervisión del desarrollo y aplicación. Con mayor detalle, véase CARCEDO, M. G., "Análisis de peligros y puntos críticos de control (APPCC) y trazabilidad", *Alimentación, Equipos y Tecnología*, nº 195, 2004, p. 44.

31 Sobre la problemática de las normas técnicas referida a su naturaleza vinculante, véase ALVAREZ GARCÍA, Vicente, *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 154 y sgtes., y del mismo autor, "La capacidad normativa de los sujetos privados", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 99, p. 350.

32 MAROÑO GARGALLO, María del Mar, "El ámbito de aplicación del "Código de autorregulación de la publicidad de alimentos dirigidos a menores, prevención de la obesidad y salud" (Código PAOS)", en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novo* con motivo de su octogésimo cumpleaños, GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio y GARCÍA VIDAL, Ángel (Coord.), Marcial Pons, 2010, pp. 365-378.

33 CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, "Seguridad y calidad...", op. cit., pp. 118-119.

voluntario como por ejemplo la Auditoría BRC (*British Retail Consortium*), la Auditoría de Alimentos *Good Catering Practice* (GCP) y otras muy distintas categorías de certificación, como pueden ser la Certificación MSC (*Marine Stewardship Council*), la Certificación RSPO (*Roundtable on Sustainable Palm Oil*), la Certificación SQF (*Safety Quality Food*) o la Certificación en Seguridad Alimentaria *FSSC 22000*³⁴.

Lo que con todo ello se evidencia es la generalización de los mecanismos de autorregulación y en concreto de la auditoría en sus muy distintas formas³⁵, como nuevos elementos de la seguridad alimentaria, de acuerdo con el sistema de gestión del riesgo.

3.1.4 Los instrumentos de control oficial en la fase de evaluación del riesgo

Como se ha dicho, el sistema de gestión del riesgo no elimina los instrumentos de policía administrativa y mantiene por ello las típicas actividades de control oficial, entre las cuales se encuentra la inspección que, en el ámbito de la seguridad alimentaria, se proyecta sobre muy distintos aspectos. El examen de alimentos, de piensos, de la salud animal, de las instalaciones, de las materias primas, etc... exige una frenética actividad administrativa en todos los niveles de la organización, de acuerdo con las competencias que a cada centro de poder corresponden en nuestro Estado descentralizado³⁶. Uno de los ámbitos sobre los que se proyecta el control oficial es la toma de muestras y posterior análisis en los laboratorios y centros de referencia oficial a que nos hemos referido, aunque se trata de actividades que también se desarrollan en la fase de gestión, como más adelante se dirá.

34 El modelo *FSSC 22000* es un esquema de certificación aplicable a todos los productos alimenticios, a los ingredientes alimenticios y a los fabricantes de materiales de embalaje, basado en la norma de certificación ISO 22000, que trata de garantizar la seguridad alimentaria en toda la cadena.

35 La tipología de auditorías es muy amplia. Así, en función de quién insta y realiza el control puede haber auditorías internas o externas y dentro de las primeras pueden ser “de primera parte” cuando se desarrollan a iniciativa de una organización y en su propia estructura, sea con personal de la empresa o con personal externo contratado para ello. Y para el caso de las auditorías externas, que se realizan por una empresa externa, pueden ser “de segunda parte” cuando se desarrollan por el cliente o por una entidad designada por él, o “de tercera parte” cuando se realizan por una entidad de certificación que esté acreditada para ello.

36 MELLADO RUIZ, Lorenzo, “Desarrollo y ejecución de las competencias sobre seguridad alimentaria por la Comunidad Autónoma Andaluza”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº extraordinario 2, Vol. II, 2003, pp. 467-469.

Con ello, lo que se busca es verificar si se cumple o no con los requerimientos de calidad e inocuidad de los alimentos, con la finalidad de proteger la salud humana. Lo que de singular tiene la toma de muestras y su análisis en la fase de evaluación del riesgo es que inciden directamente en las garantías procedimentales, dando mayor importancia a las medidas de carácter preventivo o provisional, lo que supone una modulación de la firmeza de las decisiones que se adopten y del efecto de cosa juzgada³⁷.

3.2 LA FASE DE GESTIÓN DEL RIESGO ALIMENTARIO

La gestión del riesgo alimentario es la segunda fase en el sistema y tiene como finalidad valorar los resultados ofrecidos en la fase de evaluación del riesgo con el fin de que los poderes públicos, en el ejercicio de las potestades encaminadas a la protección de la vida y salud de los ciudadanos, puedan adoptar las decisiones normativas o ejecutivas que correspondan³⁸.

3.2.1 Los principios generales para la gestión del riesgo alimentario

La fase de gestión del riesgo evidencia con toda claridad la tensión entre el elemento científico-técnico y el elemento jurídico, en la medida en que se han de decidir cuáles son las concretas medidas de seguridad alimentaria que deben adoptarse ante el riesgo antijurídico para la salud humana³⁹.

En verdad, las medidas normativas para la gestión del riesgo contenidas en la Ley 17/2011 son comunes al tradicional sistema de policía y más que sustituirlas, el nuevo modelo las superpone con un alcance tal que, como ha puesto de manifiesto la doctrina más autorizada, podría conducir al Derecho público a soportar tensiones difíciles de llevar, en concreto por su relación con el principio de legalidad. Y es que, desde la perspectiva del sistema de fuentes, si bien el modelo de policía administrativa responde sin ambages al principio de legalidad, el sistema de

37 CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, “Seguridad y calidad...”, op. cit., p. 121.

38 Así lo recoge expresamente el artículo 6.3 del mencionado Reglamento europeo nº 178/2002, con expresa referencia a los dictámenes de la Autoridad Europea de Seguridad alimentaria (...), al principio de precaución (...) y a otros factores relevantes para el tema de que se trate (...).

39 CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, “Seguridad y calidad...”, op. cit., p. 95.

gestión de riesgos lo hace en mayor medida al sistema de Cláusulas generales, como respuesta a una evolución lógica que podría sintetizarse en la idea de que cuando los riesgos pasen a ser conocidos podrá reforzarse de nuevo el principio de legalidad⁴⁰.

El silencio de la Ley 17/2011 en este punto, a nuestro parecer, perpetúa el sistema de fuentes instaurado por la Ley 14/1986, General de Sanidad, en orden al reglamento como una de las fuentes típicas de intervención en materia de seguridad alimentaria, en su condición de instrumento de policía administrativa encaminado a regular las actividades y alimentos⁴¹; sin perjuicio del principio de legalidad en aspectos tales como el ejercicio de la potestad sancionadora y, obviamente, en el reconocimiento del derecho a la seguridad alimentaria que proclama novedosamente el artículo 1 de la Ley 17/2011, de acuerdo con las exigencias contenidas en el artículo 53 del texto constitucional.

Ahora bien, en el sistema de gestión de riesgos, la reglamentación se ofrece también como un instrumento capaz de combinar las clásicas medidas normativas unilaterales con las autorreguladoras que, como se ha dicho, están muy extendidas en ciertos ámbitos de la seguridad alimentaria y así puede ejemplarizarse por referencia a la creación de estándares

reguladores (normalización industrial y alimentaria), al diseño de procedimientos de certificación de la calidad (marca de calidad) o la exigencia de trazabilidad de los alimentos⁴².

En cuanto a las medidas ejecutivas para la gestión del riesgo, sin perjuicio de la vigencia de los principios y requisitos generales recogidos en el Reglamento (CE) nº 178/2002, el artículo 4 de la Ley 17/2011 enuncia los principios generales inspiradores de la adopción de medidas preventivas y de gestión referidos al principio de necesidad, de proporcionalidad, de no discriminación y de mínima afección a la competencia⁴³. No obstante, la Ley incorpora en su articulado principios de mayor calado para la conformación del sistema de gestión de riesgos en materia de seguridad alimentaria. Nos referimos al reconocimiento de los principios de precaución, de transparencia, y de seguridad de los alimentos y piensos (artículos 7 y 8).

En efecto, el principio de precaución, valorado desde un “enfoque de prudencia”, se posiciona ahora como piedra angular del nuevo sistema de gestión de riesgos en cuanto es de aplicación a las situaciones de incertidumbre científica, con un alcance tal que permite justificar decisiones en materia de seguridad

40 Sobre la tensión entre el principio de legalidad y el sistema de cláusulas generales, véase RODRIGUEZ FONT, Mariola, *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria ...*, op. cit., p. 256, con cita a AUBY, Jean-Bernard, “L’evolution du traitement des risques dans et par le Dret public”, *Revue Européenne de Droit Public*, nº 1, Vol. 15, 2003, p. 175, en relación con la superposición entre ambos sistemas de intervención en materia de seguridad alimentaria.

41 Como sabemos, de acuerdo con la Ley 14/1986, General de Sanidad, al reglamento corresponde fijar las medidas preventivas de carácter administrativo, los medios de intervención y control. En materia alimentaria ha de recordarse la distinción entre los denominados reglamentos horizontales, que detallan las condiciones de producción, manipulación, transporte, almacenamiento, etc., que son de aplicación a todo tipo de alimento y adoptan en muchos casos la forma de reglamentaciones técnico sanitarias. Y por otra parte, los denominados reglamentos verticales, reguladores de cada uno de los productos o grupo de productos (composición, fabricación, comercialización...), entre los que la doctrina incluye las normas de calidad. También han de destacarse los reglamentos que, conectados teleológicamente con la sanidad, la regulan desde otra perspectiva como por ejemplo el derecho a la información del consumidor a través de la regulación de normas de etiquetado o publicidad de alimentos. Una tipología especial merecen los reglamentos de regulación de los aditivos, a través del sistema de listas positivas o de prohibición que, a diferencia del sistema de listas negativas o de abuso, sólo autoriza el uso de los aditivos que se encuentren en la lista.

Sobre la tipología y alcance de los distintos reglamentos en materia alimentaria, véase REBOLLO PUIG, Manuel, *Potestad sancionadora ...*, op. cit., pp. 161-164.

42 IRUJO AMEZAGA, Mikel, “La trazabilidad en el Derecho comunitario”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 32, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 11. Y en relación con los alimentos transgénicos, MELLADO RUIZ, Lorenzo y CANABATE POZO, Rosario, “El principio de trazabilidad en la gestión de los riesgos de la biotecnología”, en *Aspectos legales de la agricultura transgénica*, CAZORLA GONZÁLEZ, María José y HERRERA CAMPOS, Ramón (Coord.), 2004, pp. 43-56.

Sin perjuicio de la regulación general sobre trazabilidad contenida en el Reglamento (CE) nº 178/2002, existen regulaciones específicas para distintos alimentos. Véanse, por ejemplo, el Real Decreto 1614/2008, de 3 de octubre, de los requisitos zoonosanitarios de los animales y de los productos de la acuicultura, y prevención y control de determinadas enfermedades de los animales acuáticos establece, o el Real Decreto 217/2004, de 6 de febrero, que regula la identificación y registro de los agentes, establecimientos y contenedores que intervienen en el sector lácteo y el registro de los movimientos de la leche, entre otros muchos.

43 De acuerdo con el artículo 4 de la Ley 17/2011, de Seguridad Alimentaria y Nutrición, el principio de necesidad supone que las actuaciones y limitaciones sanitarias deberán estar justificadas por una razón de interés general, que deberá acreditarse y resultar aplicable a la medida en cuestión. El principio de proporcionalidad significa que las actuaciones y limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan. El principio de no discriminación, que las actuaciones y limitaciones sanitarias no deberán introducir diferencias de trato, en particular por razón de nacionalidad o forma empresarial. Y el principio de mínima afección a la competencia supone que se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen, sin menoscabo de la protección de la salud, el normal ejercicio de la libertad de empresa.

alimentaria que de ningún otro modo podrían asumirse⁴⁴. En este sentido, podrían verse afectados otros principios de actuación administrativa en materia de seguridad alimentaria, porque el principio de precaución y la ausencia de certeza legal tienen como reverso un amplio margen de discrecionalidad de la decisión administrativa que se adopte para hacer frente a los riesgos, de modo que no sólo el control judicial es un límite a la discrecionalidad sino también la correcta participación de los expertos en los distintos momentos de toma de decisiones. Por ello, a nuestro juicio, en esta fase del proceso debe resaltarse la ya mencionada procedimentalización que caracteriza al sistema de gestión de riesgo -inexistente en el sistema de policía-, en cuanto se concibe como una de las principales herramientas introducidas para garantizar la adopción de las medidas de gestión del riesgo alimentario más adecuadas para cada caso en concreto⁴⁵.

3.2.2 Los instrumentos de gestión del riesgo alimentario

Bajo la rúbrica de “Instrumentos de seguridad alimentaria”, el Capítulo IV de la Ley 17/2011 se pronuncia sobre la obligatoriedad de los Registros administrativos de alimentos, piensos y establecimientos, que es una de las típicas medidas de policía, desarrollada en el Real Decreto 191/2011, de 18 de febrero, sobre Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos, en coherencia con el ámbito de competencias del Estado que la justifica, como bien reconocieron las Sentencias del Tribunal Constitucional nº 42/1983 y nº 87/1985, al atribuir al Estado la garantía de la coordinación entre los distintos Registros.

También se mantiene la sujeción a autorización sanitaria en determinados supuestos (artículo 24),

44 La apuesta por el principio de precaución en el sistema de gestión de riesgos se destaca por RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel, *Seguridad Alimentaria y Nuevos Alimentos...*, op. cit., pp. 147-153, para quien frente a las técnicas más tradicionales para la adopción de decisiones en situación de incertidumbre, el principio de precaución es una de las nuevas fórmulas jurídicas ante la incertidumbre. Sostiene RODRIGUEZ FONT, Mariola, *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria...*, op. cit., p. 236, que en la fase de evaluación del riesgo, el principio de precaución debe interpretarse con un “enfoque de prudencia”.

45 Una teoría general sobre la posibilidad de adoptar medidas provisionales en el proceso de análisis de riesgos alimentarios, su caracterización jurídica, elementos y clasificación de las medidas provisionales, así como su régimen de adopción, invalidez y recurso, puede consultarse en la magnífica investigación de TOLEDO MARTÍN, Andrea, *Las medidas provisionales en el Derecho alimentario*, Universidad de Navarra, Tesis doctoral inédita, Pamplona, 2012.

como uno de los instrumentos de gestión de riesgos que tradicionalmente identificamos con la actividad de control y limitación de los particulares, aunque las autorizaciones que recoge la Ley 17/2011 responden ahora a los principios del sistema de gestión de riesgos, que las diferencia del sistema de policía porque permiten a los poderes públicos limitar, restringir o impedir actividades de riesgo que de otra forma estarían permitidas. En este contexto, la Administración, para su concesión, ha de utilizar los parámetros impuestos por la evaluación del riesgo, de lo que se considera un riesgo tolerable, y no sólo el cumplimiento o control de las normas, que lleva a una decisión reglada más propia del sistema de policía administrativa. Y ello sin perjuicio de la sujeción a control constante y de la necesaria adecuación al estado de la ciencia, en aplicación de la denominada *cláusula de progreso* que, por ejemplo, permite utilizar otras herramientas como las denominadas moratorias, muy comunes en el ámbito de los nuevos alimentos (los transgénicos o los alimentos funcionales, por citar dos ámbitos muy concretos)⁴⁶.

En definitiva, aunque en esta segunda fase del sistema de gestión de riesgos, la Ley 17/2011 mantiene las medidas de policía administrativa a que nos hemos referido, a nuestro parecer ofrece un balance muy positivo a favor de la introducción de esos otros instrumentos que identifican claramente el nuevo sistema de intervención pública, y en concreto la creación de un sistema coordinador de alertas alimentarias (artículo 25), de comunicación del riesgo (artículo 26), de información (artículo 27) y la adopción de medidas encaminadas a la formación y conocimiento en la materia (artículo 28). No obstante, y sin negar la consideración de instrumentos de seguridad alimentaria que ostentan todas estas medidas, de acuerdo con el criterio metodológico que hemos propuesto para nuestra exposición, no todas ellas corresponden a la fase de gestión del riesgo sino en mayor grado a la fase de comunicación, que más adelante analizamos.

En efecto, el sistema de alertas es un mecanismo de transmisión de información, imprescindible para el conocimiento del riesgo, su comunicación y la adopción de las medidas de reacción que procedan

46 Esto mismo lo explica desde la perspectiva del principio de precaución BAÑO LEON, José María, “El principio de precaución...”, op. cit., pp. 35-36, al señalar que la autorización de policía tradicional se resuelve en una aprobación, denegación definitiva, si bien sujeta a la evaluación del estudio de la ciencia y de la técnica. Son autorizaciones definitivas sujetas a revocación por cambio de circunstancias. El principio de precaución se resuelve siempre en una aprobación o denegación provisional, sujeta a una nueva evaluación de los riesgos.

en garantía de la salud de los ciudadanos⁴⁷. La jurisprudencia ha definido la alerta alimentaria como una notificación en cuya virtud las autoridades competentes deben adoptar las medidas adecuadas⁴⁸. Se trata, pues, de un mecanismo con una doble naturaleza: es un instrumento de comunicación del riesgo en la medida en que facilita su localización, pero también es un instrumento de gestión o control porque, llegado el caso, garantiza la retirada o inmovilización de productos puestos en el mercado cuando son susceptibles de generar un riesgo para la salud de los consumidores.

La gestión de la de alerta alimentaria se efectúa a través de un sistema coordinado diseñado en forma de red, con el objeto de garantizar una constante vigilancia frente a cualquier riesgo o incidencia alimentaria y permitir de este modo la intervención de todas las autoridades cualquiera que sea su nivel territorial (europeo, estatal, autonómico o local)⁴⁹ y de otros organismos relacionados con la seguridad alimentaria, como es el caso de la Federación Española de la Industrias Alimentarias y Bebidas o de la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución y la Asociación Española de Distribución, Autoservicios y Supermercados. Para su efectividad, el Reglamento (UE) nº 16/2011 de la Comisión, de 10 de enero, por el que se establecen medidas de ejecución del Sistema de Alerta Rápida para los Productos Alimenticios y los Alimentos para Animales, contempla distintos procedimientos de notificación de alerta general, de información -sea para “seguimiento” o para “atención”-, de rechazo en frontera y también para situaciones de alerta especial.

Lo que a los efectos de nuestra exposición interesa resaltar son las dificultades que el Derecho administrativo encuentra en la gestión del sistema de alerta, que van desde la impugnación de la declaración de alerta alimentaria y en su caso de las medidas provisionales de inmovilización de productos, hasta la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados a consecuencia de la alerta.

47 Un análisis de las estructuras orgánicas vinculadas al sistema de alerta a nivel europeo, estatal, autonómico y local, en MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “El derecho a la seguridad alimentaria...”, *op. cit.*, p. 104-116.

48 Sobre la naturaleza jurídica y alcance de la notificación de la alerta, MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “El derecho a la seguridad alimentaria...”, *op. cit.*, p. 133-142.

49 Sobre las dificultades derivadas de la organización territorial y la necesidad de mecanismos de cooperación, RODRIGUEZ FONT, Mariola, “Redes de alerta alimentaria y su articulación en la estructura territorial del Estado”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, nº 15, abril 2012, pp. 211-216.

En relación con la primera cuestión, desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2007 (RJ 2007\6582) es claro que la declaración de alerta es una actuación administrativa impugnabile que encuentra su anclaje en el artículo 26 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, referido a la intervención pública en relación con la salud individual y colectiva⁵⁰. Y también se ha admitido la adecuación de la medida cautelar de inmovilización de los productos alimenticios, habilitando a las autoridades sanitarias competentes para su adopción sin necesidad de instruir previamente un procedimiento administrativo, cuando resulten necesarias para garantizar la protección de la salud de los consumidores, lo que en cierta manera supone una quiebra de la procedimentalización a que nos hemos referido⁵¹.

La otra cara de la declaración de la alerta alimentaria es la reclamación de responsabilidad patrimonial instada por las empresas afectadas. Con carácter general, el Tribunal Supremo ha manifestado que en estos casos no hay daños antijurídicos, porque existe un título jurídico capaz de imponer al particular la obligación de soportarlos, en tanto que los productores de alimentos tienen la obligación de poner en el mercado un producto seguro para la salud humana. El Alto Tribunal insiste declarando que las empresas tienen la obligación de aplicar todos los medios tecnológicos que el estado de la ciencia permite, al objeto de reducir el riesgo que justifica la declaración de alerta alimentaria y en consecuencia, se han desestimado las distintas declaraciones de responsabilidad patrimonial (por todas, STS de 7 de junio de 2011, RJ 2012\553).

3.3 LA FASE DE COMUNICACIÓN DEL RIESGO ALIMENTARIO

La comunicación es la última fase del sistema de gestión del riesgo en materia alimentaria. En esencia, tiene como finalidad garantizar un nivel de confianza

50 De acuerdo con el artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad: 1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o de sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras consideren sanitariamente justificadas. 2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó.

51 Véanse, además, las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2010 (rec. casación nº 5493/2005) y de 27 de abril de 2010 (rec. casación 364/2008).

adecuado en el correcto funcionamiento de la cadena alimentaria y en las instituciones competentes.

La Ley 17/2011 establece por primera vez las bases del elemento de la comunicación de riesgos⁵², y desde la perspectiva de la actividad concibe la comunicación como una medida de fomento y servicio público, porque diseña la actuación de los poderes públicos como algo más que una advertencia de los riesgos -que en propiedad corresponde al concepto de comunicación- y se extiende a ámbitos que participan de la actividad administrativa de estímulo y servicio público en materia alimentaria⁵³.

La comunicación es una de las actividades que mayor trascendencia tiene para la adecuada gestión del riesgo alimentario, como bien hemos podido comprobar en algunas de las crisis alimentarias que hemos padecido, entre las que podemos destacar la de las vacas locas o la más reciente de los pepinos⁵⁴. En su condición de instrumentos encaminados a la comunicación del riesgo, la Ley exige que la comunicación a las partes interesadas o al público en general respete ciertos principios generales del Derecho (independencia, transparencia, proporcionalidad y confidencialidad), así como la transmisión de la información necesaria ante la existencia de una situación de riesgo en materia de seguridad alimentaria. Y para ello requiere la utilización de “los cauces adecuados, aplicando los procedimientos establecidos con anterioridad, consensuados entre las Administraciones y los sectores implicados, adoptando siempre medidas

de comunicación del riesgo sobre una sólida base científica, ponderando, de manera especial, la transparencia informativa y velando para evitar una innecesaria alarma de la población y causando el menor perjuicio posible al operador económico” (artículo 26).

Estos principios de actuación, que la Ley enuncia con vocación de generalidad para toda comunicación del riesgo alimentario y nutricional, se concretan en relación con cada una de las actividades que conforman esta fase del sistema de gestión de riesgos. Así, la información se realizará a través de las medidas apropiadas a las características del riesgo y “con un mensaje objetivo, fiable, apropiado, entendible y accesible, que tenga presente la sensibilidad y preocupación de la ciudadanía, impidiendo la discriminación de cualquier colectivo de población que por razones culturales, lingüísticas, religiosas, sociales o, por cualquier discapacidad, tenga especial dificultad para el acceso efectivo a la información o a las medidas” (artículo 26.2). Y más adelante, la Ley se pronuncia sobre la información relativa a aspectos concretos de la seguridad alimentaria al exigir una “información sencilla” sobre hábitos alimentarios y de actividad física (artículo 39), o una “información accesible” sobre los productos utilizados para la elaboración de menús escolares, de acuerdo con las normas sobre etiquetado de productos alimenticios (artículo 40.4).

Entre las herramientas propias de esta fase, la Ley recoge las obligaciones de información como un deber legal en su más amplia extensión, lo que respeta la reserva de Ley proclamada en el artículo 39.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común⁵⁵; aunque también incluye un conjunto de medidas encaminadas a la educación y formación en materia de seguridad alimentaria.

Sin desmerecer la importancia de estas precisiones legislativas en relación con la información como parte de la comunicación del riesgo, a nuestro juicio, una de las proclamas más trascendentes en el texto de la Ley es la creación de un *Sistema de Información* atribuido a la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición en colaboración con las Comunidades Autónomas, capaz de garantizar la

52 RODRIGUEZ FONT, Mariola, “Redes de alerta alimentaria y su articulación ...”, op. cit., p. 235-236.

53 RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel, *Seguridad Alimentaria y Nuevos Alimentos ...*, op. cit., p. 92, apunta un concepto amplio de comunicación en relación con la actividad de fomento y prestación de servicio público. Para este autor, la comunicación del riesgo no es sólo advertir de los riesgos existentes ante una crisis alimentaria determinada. La alimentación es una actividad de riesgo y por ello la actividad de comunicación de la Administración se extiende también mediante la actividad de fomento y de servicio público a la educación alimentaria.

54 Sobre la gestión del riesgo alimentario véanse las reflexiones de JUNYENT, C., “Comunicación del riesgo en crisis alimentarias: el caso de las vacas locas”, *Salud Pública y Educación para la Salud*, nº 2 (1), 2002, pp. 11-14, quien apunta algunas claves para no generar la alarma injustificada en los consumidores, garantizando un nivel adecuado de información del riesgo. Véase también FRANCESCUTTI, Pablo, “Vacas locas y comunicación del riesgo: un análisis de la prensa española”, *Política y Sociedad*, Vol. 40 nº 3, 2003, pp. 153-187. En relación con comunicación de la crisis alimentaria de los pepinos, véase VÁZQUEZ GESTAL, Montse y FERNÁNDEZ SOUTO, Ana Belén, “La gestión comunicativa de la actividad mediática entre España y Alemania en el contexto de la crisis de los pepinos”, en *Historia y Comunicación Social*, Vol. 19, nº Especial, Enero 2014, pp. 153-165.

55 Y lo mismo puede decirse de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que entrará en vigor el próximo mes de octubre, y de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

información sobre la seguridad alimentaria y su disponibilidad a todas las Administraciones, a los operadores económicos y a los consumidores y usuarios. Lo importante de la Ley en este punto es su reconocimiento como uno de los instrumentos de comunicación del riesgo en su vertiente informativa aunque, en verdad, el *Sistema de Información* como herramienta de coordinación administrativa no es nada nuevo, pues no sólo las respectivas regulaciones autonómicas así lo recogían con anterioridad a la aprobación de la Ley 17/2011, sino que también figura entre las competencias ya atribuidas a la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición en la Ley 11/2001, de 5 de Julio de 2001, por la que se crea la Agencia, y en las disposiciones que la desarrollan⁵⁶.

En cuanto a la educación y formación como instrumentos de la fase de comunicación del riesgo, la Ley se pronuncia sobre la promoción de programas y proyectos con la finalidad de fomentar el conocimiento en materia de seguridad alimentaria (artículo 28.1) y muy concretamente en el ámbito escolar (artículo 40), así como sobre la exigencia de una formación que las autoridades deben garantizar a todo el personal encargado de efectuar los controles oficiales (artículo 28.2 y 3). A nuestro juicio, la única novedad que introduce la Ley en este ámbito es el reconocimiento expreso de estas potestades de promoción, que se concretan a través de la educación y formación, pues ya el sistema de policía contemplaba distintos instrumentos de información en materia de seguridad alimentaria.

Por otra parte, no debemos olvidar la vigencia de otros instrumentos de comunicación del riesgo

reconocidos por la regulación sectorial, como por ejemplo el etiquetado o la trazabilidad, sobre los que el Derecho comunitario asentó inicialmente las garantías de seguridad alimentaria⁵⁷ y que aún hoy son determinantes para garantizar la salud humana⁵⁸. Y tampoco está de más recordar la existencia de otras herramientas contenidas en el Reglamento europeo nº 178/2002 como manifestación del principio de precaución, muy concretamente las consultas públicas a que se refiere el artículo 9 del citado Reglamento⁵⁹, cuyo desarrollo tendría muy buena acogida en nuestro Derecho interno.

4. CONCLUSIONES

El reconocimiento del *derecho a la seguridad alimentaria* contenido en el artículo 1 de la Ley 17/2011, de Seguridad Alimentaria y Nutrición amplía el contenido esencial del derecho a la protección de la salud dispuesto en el artículo 43 de la Constitución y requiere de los poderes públicos un nuevo enfoque en los instrumentos de intervención, que se ve influenciado por un nuevo modelo de base científica amparado en el análisis o gestión de riesgos alimentarios.

La Ley se muestra muy permeable a los principios inspiradores de este sistema aunque mantiene las típicas medidas de policía administrativa y en último término la especial relación con el principio de legalidad. El modelo de gestión de riesgos permite la intervención de los particulares a través de la

⁵⁶ Así se desprende de los objetivos y funciones generales que recoge el artículo 2 de la Ley 11/2001, de creación de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, por referencia a las garantías e información objetiva a los consumidores y agentes económicos del sector agroalimentario español, desde el ámbito de actuación de las competencias de la Administración General del Estado y con la cooperación de las demás Administraciones públicas y sectores interesados. Y también en una interpretación de los objetivos específicos que recoge dicho precepto. Más concretamente, el artículo 4.6 e), apartado 3) de dicha Ley, relativo a los principios específicos de actuación, dispone que la Agencia comunicará por su propia iniciativa la información relevante para la población, especialmente en situaciones de crisis alimentaria. A tal efecto la Agencia elaborará un plan general de comunicación de riesgos y uno específico para situaciones de crisis y emergencia. En igual sentido y con mayor precisión se pronuncia el Real Decreto 709/2002, de 19 de Julio, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, de acuerdo con el Real Decreto 19/2014, de 17 de enero, por el que se refunden los organismos autónomos Instituto Nacional del Consumo y Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición en un nuevo organismo autónomo denominado Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN).

⁵⁷ La Comisión Europea, en febrero de 2006, elaboró un documento consultivo titulado "Labelling: Competitiveness, Consumer Information and Better Regulation for the EU", donde dejaba constancia de que el etiquetado ya no era la única vía fiable para comunicar información al consumidor. El documento está disponible en la URL: http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/index_en.htm. (diciembre 2015). Véase asimismo el análisis efectuado por BOURGES, Leticia A., "El documento consultivo DG SANCO sobre el etiquetado de los productos alimenticios ¿qué sorpresa nos prepara la Comisión?", *Revista de Derecho Alimentario*, vol. 2, nº 13, 2006, pp. 16-22, quien no obstante destaca que el etiquetado sigue siendo un instrumento efectivo que merece toda la atención del legislador comunitario.

⁵⁸ Sobre la evolución del marco normativo en materia de etiquetado comunitario y su entrada en vigor, BEL URGEL, Enrique, "Salud alimentaria y nutrición: etiquetado de alimentos y su relación con la salud. La visión de la UE", *Derecho y Salud*, Vol. 21, nº. Extra 1, 2011 (Ejemplar dedicado a: XIX Congreso "Derecho y Salud"), pp. 113-121.

⁵⁹ Véase la información relativa a las consultas públicas previas a la adopción de la regulación comunitaria, que suministra la Comisión europea a través de la Dirección General de Salud alimentaria. Los distintos documentos están disponibles en la URL: http://ec.europa.eu/dgs/health_food-safety/dgs_consultations/index_es.htm (marzo de 2016).

autorregulación (o de una autorregulación regulada, mejor dicho), que es una consolidada tendencia del Derecho público europeo, superando así las típicas medidas coacción administrativa. Pero en nuestro texto legislativo, la Administración ostenta una posición nuclear, con un elevado grado de intervención en la fase de gestión del riesgo alimentario, donde la declaración de alerta sanitaria es su máximo exponente, con una “procedimentalización” de las actuaciones en materia de seguridad alimentaria que abunda en las garantías de toda intervención administrativa. Precisamente, el reto del Derecho administrativo se encuentra en la correcta ponderación de todos los intereses que confluyen en la declaración de alerta.

Desde la perspectiva del sistema de fuentes del Derecho, la Ley 17/2011 perpetúa la posición del reglamento como herramienta propia del sistema de policía administrativa, sin perjuicio del principio de legalidad; aunque consolida el sistema de Cláusulas generales, como respuesta a una evolución lógica de los mecanismos de protección de la seguridad alimentaria.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ GARCÍA, Vicente, *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, 1999.
- ALVAREZ GARCÍA, Vicente, “La capacidad normativa de los sujetos privados”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 99, pp. 243-367.
- APARISI MIRALLES, Ángela, “Alimentos transgénicos y derecho humano a la salud”, *Cuadernos de bioética*, Vol. 15, nº 53, 2004, pp. 59-76.
- BALLESTEROS ARRIBAS, Juan Manuel, DAL-RE SAAVEDRA, Marián, PÉREZ-FARINÓS Napoleón y VILLAR VILLALBA, Carmen, “La estrategia para la nutrición, actividad física y prevención de la obesidad (Estrategia NAOS)”, *Revista Española de Salud Pública*, Vol. 81, nº 5, 2007, pp. 443-449.
- BAÑO LEON, José María, “El principio de precaución en el Derecho público”, en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, BOIX REIG, Javier y BERNARDI, Alessandro (Codir.), Iustel, 2005, pp. 29-41.
- BEL URGEL, Enrique, “Salud alimentaria y nutrición: etiquetado de alimentos y su relación con la salud. La visión de la UE”, *Derecho y Salud*, Vol. 21, nº. Extra 1, 2011 (Ejemplar dedicado a: XIX Congreso “Derecho y Salud”), pp. 113-121.
- BOURGES, Leticia A., “El documento consultivo DG SANCO sobre el etiquetado de los productos alimenticios ¿qué sorpresa nos prepara la Comisión?”, *Revista de Derecho Alimentario*, vol. 2, nº 13, 2006, pp. 16-22.
- CARCEDO, M. G., “Análisis de peligros y puntos críticos de control (APPCC) y trazabilidad”, *Alimentación, Equipos y Tecnología*, nº 195, 2004, pp. 44-46.
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, “Seguridad y calidad productiva: de la intervención policial a la gestión de riesgos”, *Revista de Administración Pública*, nº 178, p. 89-142.
- DOMENECH PASCUAL, Gabriel, “No del todo fiables. Organizaciones privadas de expertos y regulación del riesgo. El caso de los campos electromagnéticos” en *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, DARNACULLETA, Mercé, ESTEVE, José y SPIECKER GEN. DÖHMANN, Indra (Ed.), Marcial Pons, 2015, pp. 155-180.
- ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire, “Reflexiones constitucionales sobre los alimentos transgénicos: libre competencia, salud pública y derechos de los consumidores”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5, 2005, pp. 1244-1253.
- ESTEVE PARDO, José, *Técnica, Riesgo y Derecho (Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental)*, Ariel, 1999.
- ESTEVE PARDO, José, “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 119, 2003, pp. 323-346.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Planificación económica”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo XIX, 1989, p. 784.
- FRANCESCUTTI, Pablo, “Vacas locas y comunicación del riesgo: un análisis de la prensa española”, *Política y Sociedad*, Vol. 40, nº 3, 2003, pp. 153-187.

- FRANCH SAGUER, Marta, “La seguridad alimentaria: Las Agencias de Seguridad Alimentaria”, *Revista de Administración Pública*, nº 159, pp. 315-340.
- GONZÁLEZ VAQUE, Luis, “La aplicación del principio de precaución en la legislación alimentaria: ¿una nueva frontera de la protección del consumidor?”, *Estudios sobre Consumo*, nº 50, 1999, pp. 9-25.
- GONZÁLEZ VAQUE, Luis, “Objetivo: la seguridad alimentaria en la Unión Europea (el Reglamento (CE) nº 178/2002)”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, nº 223, 2003, pp. 59-71.
- GONZÁLEZ VAQUE, Luis, “El Derecho alimentario en la Unión Europea: la interpretación del Reglamento nº 178/2002 relativo a los principios y requisitos generales de la legislación alimentaria”, *Revista de Direito Agrário, Ambiental e da Alimentação*, nº 1, 2005, pp. 261-270.
- IRUJO AMEZAGA, Mikel, “La trazabilidad en el Derecho comunitario”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 32, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 7-17.
- JORDANA DE POZAS, Luis, “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 48, 1949, pp. 41-54.
- JUNYENT, C., “Comunicación del riesgo en crisis alimentarias: el caso de las vacas locas”, *Salud Pública y Educación para la Salud*, nº 2 (1), 2002, pp. 11-14.
- *Libro Blanco de la Seguridad Alimentaria* de la Comisión Europea el 12 de enero de 2000 (COM/99/0719 final). El texto del dicho documento está disponible en la URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A132041> (diciembre, 2015).
- LÓPEZ VILLAR, Juan, *Derecho y transgénicos: regulando incertidumbre*, Atelier, 2008.
- MAROÑO GARGALLO, María del Mar, “El ámbito de aplicación del “Código de autorregulación de la publicidad de alimentos dirigidos a menores, prevención de la obesidad y salud” (Código PAOS)”, en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio y GARCÍA VIDAL, Ángel (Coord.), Marcial Pons, 2010, pp. 365-378.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, “Antecedentes del concepto de plan y referencia a la legislación de fomento del siglo XIX”, *Revista de Administración Pública*, nº 49, pp. 39-48.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, “Presupuestos políticos y fundamentación constitucional de la planificación administrativa”, *Revista de Administración Pública*, nº 50, pp. 111-146.
- MARZAL RAGA, Reyes, “Principios y requisitos generales de la legislación alimentaria”, en *Derecho, Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, (VVAA), Vol. II, Universitat de València, 2007, pp. 179-189.
- MELLADO RUIZ, Lorenzo, “Desarrollo y ejecución de las competencias sobre seguridad alimentaria por la Comunidad Autónoma Andaluza”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº extraordinario 2, Vol. II, 2003, pp. 467-469.
- MELLADO RUIZ, Lorenzo y CAÑABATE POZO, Rosario, “El principio de trazabilidad en la gestión de los riesgos de la biotecnología”, en *Aspectos legales de la agricultura transgénica*, CAZORLA GONZÁLEZ, María José y HERRERA CAMPOS, Ramón (Coord.), 2004, pp. 43-56.
- MELLADO RUIZ, Lorenzo, “La nueva regulación comunitaria sobre los alimentos y piensos modificados genéticamente”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 7, 2005.
- MENENDEZ REXACH, Ángel, “El derecho a la seguridad alimentaria como derecho a la información: el sistema de alerta y sus implicaciones procedimentales”, en *Estudios Jurídicos sobre Seguridad alimentaria*, MENENDEZ REXACH, Ángel (Dir.), Marcial Pons, 2015, pp. 87-142.
- MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, 2004.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Vol. I, Civitas, 2004.

- Plan Nacional de Control Oficial de la Cadena Alimentaria 2016-2020. El documento está disponible en la URL: <http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/plan-nacional-de-control-de-la-cadena-alimentaria> (consulta diciembre, 2015).
- REBOLLO PUIG, Manuel, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Ed. INAP, 1989.
- RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel, *Seguridad Alimentaria y Nuevos Alimentos. Régimen jurídico-administrativo*, Thomson, 2006.
- RODRIGUEZ FONT, Mariola, *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Marcial Pons, 2007.
- RODRIGUEZ FONT, Mariola, “Redes de alerta alimentaria y su articulación en la estructura territorial del Estado”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, nº 15, abril 2012, pp. 211-216.
- TOLEDO MARTÍN, Andrea, *Las medidas provisionales en el Derecho alimentario*, Universidad de Navarra, Tesis doctoral inédita, Pamplona, 2012.
- VÁZQUEZ GESTAL, Montse y FERNÁNDEZ SOUTO, Ana Belén, “La gestión comunicativa de la actividad mediática entre España y Alemania en el contexto de la crisis de los pepinos”, en *Historia y Comunicación Social*, Vol. 19, nº Especial, Enero 2014, pp. 153-165.

LOS COLEGIOS PROFESIONALES CONTRA EL INTRUSISMO PROFESIONAL EN ODONTOLOGÍA

Diego Rodríguez Menacho

Dentista ejerciente, abogado ejerciente y perito judicial en el ámbito odontológico.

Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Granada.

*Doctorando en Ciencias de la Salud por la Universidad de Sevilla, la Universidad de Jaén
y la Escuela Andaluza de Salud Pública.*

Asistente Honorario del Departamento de Estomatología de la Universidad de Sevilla.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN SOBRE EL DELITO DE INTRUSISMO; 2. EL ORIGEN DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES DE DENTISTAS; 3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA LEGISLATIVA CONTRA EL INTRUSISMO; 4. FUNCIÓN Y FINES DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES DE DENTISTAS EN NUESTROS DÍAS; 5. EL PAPEL DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES DE DENTISTAS EN LA LUCHA CONTRA EL INTRUSISMO. CONTENCIOSOS DERIVADOS DEL DELITO DE INTRUSISMO; 6. RESULTADOS; 7. DISCUSIÓN; 8. CONCLUSIONES; 9. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El presente estudio analiza la jurisprudencia emanada por el delito de intrusismo en Odontología desde el año 1980 hasta nuestros días y la función de represión de dicho delito por parte de los Colegios Profesionales de Dentistas, con el objetivo de saber si cumplen dicha función o no en sede judicial.

PALABRAS CLAVE

Intrusismo, Odontología, Colegio Profesional.

ABSTRACT

This study analyzes the case law issued for the crime of unauthorized practice in Dentistry from 1980 to the present day and the function of repression of this crime by the Professional Associations of Dentists, in order to know if they fulfill that function or not court.

KEYWORDS

Unauthorized practice, Dentistry, Professional Associations.

1. INTRODUCCIÓN SOBRE EL DELITO DE INTRUSISMO.

El delito de intrusismo es una de las lacras más graves que ha sufrido la profesión odontológica a lo largo de su extensa historia, cuyos efectos son extensivos a la sociedad en general, aunque su incidencia varía según el valor o bien jurídico protegido afectado por el determinado ejercicio profesional, siendo más contundente en las profesiones sanitarias, como es el caso de la propia Odontología¹.

Tal delito se encuentra ubicado dentro del Código Penal², en el Libro II denominado “Delitos y sus penas”, en el Título XVIII titulado “De las falsedades”, y dentro de éste, en su Capítulo V, llamado “De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo”, en su artículo 403, en el que se describe su

1 CALVO SÁNCHEZ, L.: *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Madrid, Ed. Civitas, 1998, pág. 563.

2 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, Madrid, 1995, págs. 33987-34058.

tipo básico en la actualidad como “*El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de 12 a 24 meses.*” Existe un tipo agravado, en el cual se impondrá una pena de prisión de 6 meses a 2 años, si concurriese alguna de las siguientes circunstancias: si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido y/o si el culpable ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión.”

El delito de intrusismo tiene una larga tradición histórica en nuestro país, pero es pionero el vigente Código Penal de 1995 en cuanto a la denominación del delito con la denominación de “intrusismo”, dejando atrás el uso tradicional anterior desde 1848 del concepto de “usurpación de calidad”. Que no apareciera tal denominación actual con anterioridad en los sucesivos textos penales no significa que el término “intrusismo” no fuera utilizado: tanto la doctrina como la jurisprudencia usaban el término como sinónimo del clásico “usurpación de calidad o de funciones”, incluso describía su forma como “intrusismo profesional”³. Incluso el propio Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española describe al término “intrusismo” de forma parecida a cómo lo realiza la legislación penal: “*Ejercicio de actividades profesionales por persona no autorizada para ello. Puede constituir delito.*”

Como reseña histórica, se pueden situar a los primeros antecedentes del intrusismo en el Derecho positivo en Las Siete Partidas, cuerpo normativo redactado en la Corona de Castilla, durante el reinado de Alfonso X (1252- 1284), con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino. Su nombre original era Libro de las Leyes, y hacia el siglo XIV recibió su actual denominación, por las secciones en que se encontraba dividida⁴. Se puede apreciar en la Partida VII, que se dedica al Derecho Penal y Procesal Penal, es decir, a los delitos y al procedimiento penal (de carácter inquisitivo), en su Título VII “*De los homiciellos*” (de los homicidios) en la que se detalla la Ley VI que se castigaría a los que “*se metían*” a cirujanos (incluimos aquí a los dentistas) sin saber,

y por su culpa, debido a sus prácticas, moría alguna persona. El castigo era un “*yerro*” (castigo) de un destierro en una isla durante 5 años. Se deduce por la interpretación del precepto, que era tratado como un delito de resultado, en el que se castigaba el daño muerte por la impericia profesional, a diferencia de la actual regulación del intrusismo, que se caracteriza por ser un delito de mera actividad, de acción, sin que sea necesario ningún resultado, y aún menos la muerte. Se consideraba en la época que lo que se quería proteger, es decir, el bien jurídico protegido, era la salud e integridad de las personas y el interés protegido es que determinadas profesiones de gran relevancia social, como el ejercicio de la cirugía, fueran realizadas por aquellos individuos que poseyeran un título que acreditase fehacientemente la adquisición de los suficientes conocimientos para la práctica del ejercicio profesional. Si se realizaban estos actos a sabiendas y maliciosamente, la pena se agravaba con la pena de muerte⁵.

De un asociacionismo voluntario para defender los intereses del gremio profesional a finales del siglo XIX, se pasa a una colegiación obligatoria a unos entes denominados Colegios Profesionales, definidos también como Corporaciones, a causa del interés público que tiene la regulación de las profesiones que acumulaban. Es necesario realizar un breve recorrido por la historia de estas vigentes Corporaciones de Derecho Público para conocer sus funciones de defensa profesional, entre las cuales se encuentran la batalla contra el intrusismo.

2. EL ORIGEN DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES DE DENTISTAS

La consolidación del Colegio profesional, como una institución jurídica con sus rasgos esenciales definitorios y reconocibles, se produce en España tras las experiencias corporativas de las profesiones jurídicas y sanitarias de mediados del S. XIX y principios del S.XX: un modelo o tipo característico es el de una corporación disciplinaria, encargada del autocontrol profesional de la clase, de la corporación científica y de la defensa profesional no involucrada en el control de la vida profesional. El punto de fricción alrededor del cual se creó este modelo corporativo fue la colegiación obligatoria, única fórmula eficaz para asegurar el buen fin de las corporaciones disciplinarias: la alternativa de una o varias asociaciones

3 SERRANO TÁRRAGA, M. D.: *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, 1997, págs. 13 y ss.

4 ESCUDERO LÓPEZ, J.A.: *Curso de Historia del Derecho: fuentes e instituciones político-administrativas*, 4ª ed, Ed. Edisofer, 2012.

5 Real Academia de Historia. *Las Siete Partidas*. Madrid. Imprenta Real. 1807.

de carácter voluntario no era una buena solución. Aunque el objeto principal, en la actualidad, sea la defensa de los colegiados y de la profesión, resulta patente que la satisfacción de los intereses públicos constituye su fundamento último, ya que su principal interés fue la de tener un control disciplinario o deontológico para garantizar, ante la sociedad, la buena y correcta práctica profesional, ya que las actividades que realizan los colegiados afectan a valores sociales de importancia y es objeto de especial protección, como es la salud y la vida en una profesión sanitaria como es la Odontología. El interés público no se limita a la defensa de los colegiados y de la profesión, sino que incluye otros como la lucha contra el intrusismo, respuesta pública a la amenaza que representa la intervención de quienes ejercen sin la garantía de una adecuada preparación, e incluso la colaboración fiscal, en defensa de los intereses de la Hacienda Pública⁶.

La legislación creadora de estas corporaciones de Derecho Público en Odontología se centra en cuatro Reales Órdenes que se promulgaron entre los años 1925 y 1930, en el periodo del Directorio Militar. Las tres primeras de ellas fueron firmadas por Don Severiano Martínez Anido (Ferrol, La Coruña, 1862–Valladolid, 1938), estando en la Presidencia del Directorio Militar Miguel Primo de Rivera y Orbaneja (Jerez de la Frontera, 1870–París, 1930)⁷, que se desarrollan a continuación:

- En la primera de ellas, la Real Orden de 14 de Marzo de 1925, con arreglo a las conclusiones aprobadas por la Asamblea de Subinspectores de Odontología, en lo que afecta al Ministerio de Gobernación, en su último punto, ordena a las asociaciones de Odontólogos que se constituyan en Colegios Regionales⁸. Para la redacción de sus Reglamentos Orgánicos, se derivaba a servirse de los propios Estatutos de los Colegios provinciales de Médicos, según se desprende de la lectura de su artículo siete, debido a la analogía existente entre ambas profesiones.
- En la siguiente, la Real Orden de 30 de abril de 1925, se aprueban y se publican los Estatutos

para el Régimen de los Colegios de Odontólogos⁹. En su preámbulo, se reconocen los motivos de la decisión estatal de creación de los Colegios oficiales y obligatorios de Odontólogos, aspecto que no aparecía en la norma descrita con anterioridad¹⁰. Tales motivos se expresan con tal claridad que se traslada el texto de manera literal: “*Ilmo. Sr.: Para dar cumplimiento a la base séptima de la Real Orden de 14 de Marzo del corriente año disponiendo que las Asociaciones Odontológicas se constituyan oficialmente en Colegios regionales, respondiendo a la necesidad hace tiempo sentida de dotar a la expresada clase de un organismo adecuado encargado de velar por su prestigio y decoro, prestar la debida cooperación a las Autoridades sanitarias para la persecución del intrusismo en la profesión e impedir el mercantilismo profesional, que tan perniciosos efectos producen, en la misma, con mengua y perjuicio del alto nivel social que ésta ha sabido conquistar en sus últimos años de actuación.*”

- Y en la tercera, la Real Orden de 21 de mayo de 1925, se suspende la aplicación de los Estatutos de los Colegios de Odontólogos y se convoca un plebiscito entre los Odontólogos para determinar su aceptación o no de la colegiación obligatoria. Es importante destacar que se aclara en dicha norma que, cualquiera que sea la solución votada, no seguirán rigiendo los Estatutos promulgados por la descrita Real Orden de 30 de abril, sino que habrá una revisión de dichos Estatutos antes de ser aprobados por el Gobierno¹¹.

Y es el día 27 de mayo del mismo año cuando Don Francisco Murillo y Palacios (1865-1944), siendo Director General de Sanidad, remite a los Gobiernos Civiles una Circular en la que se convoca para el primer domingo de julio del mismo año a todos los odontólogos, cirujanos dentistas y médicos legalizados para ejercer la Odontología para la realización del plebiscito, llevándose a cabo de 10 a 12 de la mañana del domingo 5 de julio de 1925 en la Inspección Provincial de Sanidad, o en locales habilitados por el Gobierno Civil. La votación democrática, mediante sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, se

6 CALVO SÁNCHEZ, L.: *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Madrid, Ed. Civitas, 1998, págs. 62 y 63.

7 CASADO CARRERO, A.R.: *Odontología y Ley: 1875-1931*, Tesis Doctoral, Sevilla, 1995, pág. 69.

8 Gaceta de Madrid, nº 187, 5 de julio de 1925, Madrid, 1925, Pág. 158.

9 Gaceta de Madrid, nº 123, 3 de mayo de 1925, Madrid, 1925, Pág. 651.

10 CALVO SÁNCHEZ, L.: *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Madrid, Ed. Civitas, 1998, pág. 115.

11 Gaceta de Madrid, nº 142, 22 de mayo de 1925, Madrid, 1925, pág. 1006.

ejecutaba con una papeleta donde se hacía constar, mediante un sí, si se estaba a favor, o un no, en caso contrario, con respecto a la colegiación obligatoria, arrojando un resultado de 459 votos a favor y 207 en contra¹². Estos datos aparecen en el preámbulo de la Real Orden de 27 de mayo de 1930¹³, sin indicar los resultados, una abrumadora mayoría a favor de la colegiación obligatoria.

Aún con este resultado, los partidarios de la colegiación libre, es decir, del no, opinaban que ni la mitad del total de los dentistas, que según sus fuentes eran 1027 personas, había votado. Los partidarios de la colegiación obligatoria, vencedores del plebiscito, se dirigieron a Don Severiano Martínez Anido (1862-1938), ministro de la Gobernación con la Dictadura de Primo de Rivera, con los resultados pero en las sucesivas reuniones celebradas entre representantes de los dos bandos en la Dirección General de Sanidad no llegaron a ningún acuerdo, debido a la rivalidad entre los líderes de ambas posturas: por un lado, Don Florestán Aguilar y Rodríguez (La Habana, 1872 – Madrid, 1934) en la Asociación Española de odontología (A.E.O.), que se posiciona en el bando de los contrarios a la colegiación obligatoria; y por otro lado, Don Bernardino Landete Aragón (Valencia, 1879 - Madrid, 1968), en la Federación Odontológica Española (F.O.E.) y en la Sociedad Odontológica Española (S.E.O.), en el bando contrario, es decir, favorable a la colegiación obligatoria. La clase dental, en la asamblea del 3 de mayo de 1929, abogada por la conciliación y por la solicitud de unión por parte de las sociedades odontológicas de toda España, pedía la unidad de la profesión y la colegiación obligatoria y hacen un proyecto de reglamento que presentan al Ministerio de la Gobernación. El 3 de marzo de 1930 se realiza una asamblea y se nombra una comisión para tratar el tema de la colegiación, acordando que los Colegios de Odontólogos no surjan de la reconversión de las Sociedades Odontológicas, sino que sean independientes de ellas, siendo organizadas por el Inspector General de Sanidad y que los Estatutos se basen en los de los Colegios de Médicos en la Gaceta de Madrid de 7 de febrero de 1930. No obstante, la A.E.O., contraria a la colegiación obligatoria, no lo acepta, aunque finalmente es aprobada la norma de la colegiación obligatoria, que es la siguiente en esta exposición.

12 BACA PONCE, A.: *La Odontología española en el primer cuarto del siglo actual*, Boletín de Información Dental. Año XXVIII, Mayo-Junio, Madrid, 1968.

13 Gaceta de Madrid, nº 148, de 28/05/1930, Madrid, 1930, págs. 1294-1299.

La cuarta de las normas relacionadas con la colegiación en el sector de la Odontoestomatología, la Real Orden de 27 de mayo de 1930, se promulgó durante el mandato de Don Dámaso Berenguer y Fusté (San Juan de los Remedios, Cuba, 1873 - Madrid, 1953) que presidió el penúltimo gobierno de la monarquía de Alfonso XIII de España (Madrid, 1886 - Roma, 1941), en la cual se publican los Estatutos de los Colegios Oficiales de Odontólogos y concede la colegiación obligatoria a la clase de odontólogos¹⁴. Por lo que creado en el año 1930, el Consejo General de Colegios de Dentistas de España es el Órgano ejecutivo de la Organización Colegial de Dentistas. Entre sus competencias destacan la coordinación de la política general de la Organización Colegial, la ordenación del ejercicio de la profesión, la representación y la defensa de los intereses de sus profesionales, y la promoción del derecho a la salud odontológica de los españoles. Es también competencia del Consejo General la elaboración, desarrollo y actualización del Código Ético y Deontológico estatal de la profesión, así como de la promoción social, científica, cultural y laboral de la Odontología y la Estomatología¹⁵.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA LEGISLATIVA CONTRA EL INTRUSISMO.

La legislación que se recopila desde finales del S. XIX hasta la actualidad con el fin de luchar contra el intrusismo, en orden cronológico, citado a continuación no con intención de simplemente enumerar Reales Órdenes, sino con ánimo de describir con el título de tales normas la evolución legislativa en la materia, ha sido la siguiente¹⁶:

- Real Orden de 28 de mayo de 1876, que crea los cargos de Inspector y Subinspectores de Dentistas para el control de la profesión¹⁷.
- Real Orden de 7 de octubre de 1877, que declara que los títulos de Practicante expedidos a

14 Gaceta de Madrid, nº 148, 28 de mayo de 1930, Madrid, 1930, pág. 1294.

15 CASTRO REINO, O.: *Saludo del Presidente*. Disponible en la URL: <http://www.consejodentistas.es/> [Con acceso el 8.6.2016].

16 CASADO CARRERO, A.R.: *Odontoestomatología y Ley, 1875-1931*, Tesis Doctoral, Sevilla, 1995, págs. 61-63; MENDOZA OLIVARES, F.J.: *Legislación odontológica 1931-1948: nacimiento de la especialidad médica de Estomatología*, Tesis doctoral, Sevilla, 1997, pág. 56.

17 Gaceta de Madrid, nº 157, 4 de junio de 1876, Madrid, 1876, pág. 721.

partir de esa fecha no son válidos para trabajar como dentista¹⁸.

- Real Orden de 1 de octubre de 1881, por la cual la legislación vigente no reconoce el título de Licenciado o Doctor en Cirugía Dental expedidos por el Colegio Español de Dentistas¹⁹.
- Real Orden de 16 de diciembre de 1881, por la que se deroga la Real Orden de 28 de mayo de 1876 que crea los cargos de Inspector y Subinspectores de Dentistas para el control de la profesión, pasando éstos a la jurisdicción de los Subdelegados de Medicina²⁰.
- Real Orden de 11 de febrero de 1886, por la que se ordena a todo aquel que ejerce la profesión de dentista a presentar el título profesional a las Subdelegaciones de Medicina y Cirugía para anotarlos en el registro correspondiente en un plazo de treinta días. Una vez pasado el plazo, los no autorizados serán denunciados ante los Gobernadores, y los que no tengan título, serán llevados antes los Tribunales de Justicia²¹.
- Real Orden de 25 de octubre de 1901, por la cual se prohíbe ejercer la Odontología a los practicantes cuyo título sea posterior a la Real Orden de 7 de octubre de 1877²².
- Real Orden de 25 de agosto de 1913, que hace que vuelva a entrar en vigor la Real Orden de 28 de mayo de 1876, que crea los cargos de Inspector y Subinspectores de Dentistas para el control de la profesión, en el punto concreto de crear plazas de Subinspectores de Odontología en las capitales de provincia²³.
- Real Orden de 14 de diciembre de 1913, la cual modifica la Real Orden de 25 de agosto de 1913, autorizando que sean Subinspectores de Odontología, además de los poseedores del título

18 Gaceta de Madrid, nº 288, 7 de octubre de 1877, Madrid, 1877, págs. 75-76.

19 Boletín de la Revista General de Legislación y jurisprudencia, 4º trimestre de 1881, Madrid, 1881, pág. 414.

20 Boletín de la Revista General de Legislación y jurisprudencia, 4º trimestre de 1881, Madrid, 1881, pág. 554

21 Boletín de la Revista General de Legislación y jurisprudencia, Año 34, Tomo 77, Madrid, 1886.

22 Gaceta de Madrid, nº 304, 31 de octubre de 1901, Madrid, 1901, pág. 509.

23 Gaceta de Madrid, nº 246, 3 de septiembre de 1913, Madrid, 1913, pág. 547.

de Odontólogo, las personas con título de Cirujano Dentista, con preferencia si además son Licenciados en Medicina²⁴.

- Real Orden de 9 de abril de 1918, promulgada a petición de los Subinspectores de Odontología de Madrid, por la cual la profesión de Odontólogos o Cirujanos Dentistas debe ser ejercida personalmente por los que tengan el título correspondiente, sin que pueda delegarse dicho ejercicio en otra persona que carezca de título²⁵.
- Real Orden de 21 de diciembre de 1923, por la que insta a los Gobernadores Civiles a que exciten el celo de Alcaldes y Subdelegados de Sanidad a fin de que se cumplan y hagan cumplir las disposiciones vigentes sobre el ejercicio ilegal de las profesiones sanitarias, y se multe y sancione a los Alcaldes y Subdelegados que no cumplan con esto²⁶.
- Real Orden de 3 de julio de 1924, por la cual se considera intruso a quienes realicen prótesis dentales, a no ser que trabajen como auxiliares a las órdenes de un profesional, correspondiendo al Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes nombrar a un tribunal examinador en la materia y expedición de títulos a los obreros mecánicos de prótesis. Además, no se procede a la petición de los Practicantes para ejercer la Odontología²⁷.
- Real Orden de 14 de marzo de 1925, por la que se nombra a los Subinspectores de Odontología en las capitales de provincia, cuyas funciones son la inscripción y la revisión de los títulos de Odontología, la persecución del intrusismo y la inspección de gabinetes, clínicas y laboratorios de prótesis²⁸.
- Real Orden de 1 de febrero de 1943, por la cual a instancia del Presidente del Consejo General de los Colegios de Odontólogos, dispone declarar en vigor la Real Orden de 9 de abril de 1918, promulgada a petición de los Subinspectores de

24 Boletín de la Revista General de Legislación y jurisprudencia, Año 62, Tomo 155, Madrid, 1914.

25 Gaceta de Madrid, nº 98. 6 de abril de 1918, Madrid, 1918, pág. 254.

26 Boletín de la Revista General de Legislación y jurisprudencia, Año 72, Tomo 186, Madrid, 1924.

27 Gaceta de Madrid, nº 187. 5 de julio de 1924, Madrid, 1924, pág. 158.

28 Gaceta de Madrid, nº 78. 19 de marzo de 1925, Madrid, 1925, pág. 1414.

Odontología de Madrid, por la cual la profesión de Odontólogos o Cirujanos Dentistas debe ser ejercida personalmente por los que tengan el título correspondiente, sin que pueda delegarse dicho ejercicio en otra persona que carezca de título²⁹.

- Real Orden de 4 de enero de 1945, por la cual se autoriza a admitir la matrícula a los súbditos extranjeros en la Escuela de Odontología de Madrid, después de haber cursado y aprobado los estudios que figuran en el plan de enseñanza³⁰.

Como se ha trasladado a lo largo de las páginas previas, han sido numerosas las normas que han incidido sobre el delito de intrusismo desde 1876 hasta el periodo de creación del Consejo General de Dentistas en 1930. Es el momento de situar a los descritos Colegios Profesionales de Dentistas en la actualidad, describiendo sus funciones y fines entre los que se encuentran, por supuesto, la lucha contra el intrusismo.

4. FUNCIÓN Y FINES DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES DE DENTISTAS EN NUESTROS DÍAS.

Los Colegios Profesionales han estado tradicionalmente enmarcados dentro de la “Administración Corporativa”, compartiendo esta definición otros entes, como las Cámaras Oficiales y otras corporaciones, en las que tienen un único rasgo común identificador: la defensa o representación de los intereses. Por ello, esa percepción de que los Colegios Profesionales es una institución para la defensa y representación de la profesión y de los intereses de los profesionales, una falsa idea según determinados autores con citas como “*el fin perseguido por nuestro trabajo no es otro que el de reunir, exponiéndolas bajo un cierto plan, una serie de entidades o instituciones existentes en España, y en las cuales, a primera vista, descubrimos ciertas notas comunes, para poner de relieve sus caracteres e intentar construir su teoría dentro del Derecho administrativo español*”, para posteriormente aducir que “*no obstante la gran variedad de entidades aludidas, se percibe sin gran dificultad que existe algo común a todas ellas, que las hace especies de un mismo género que es estar formadas en consideración*

o por consecuencia de ciertos intereses comunes y permanentes”³¹.

Por ello, las Corporaciones no territoriales (o Entes públicos asociativos, según la doctrina italiana), son asociaciones forzosas de particulares creadas por el Estado, el cual les atribuye personalidad jurídica propia para, sin perjuicio de defender y gestionar intereses privativos de sus miembros, desempeñar funciones de interés general con carácter monopolístico, cuyo ejercicio es controlado por la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque exista una dualidad de fines, de elementos y de régimen jurídico, tanto públicos como privados, que se trata de un supuesto singular de “*hermafroditismo organizativo*”, constituyendo una verdadera descentralización funcional. Se diferencian de las asociaciones de carácter privadas y los sindicatos, ambas de carácter voluntario, por una triada de causas bien claras: el origen público de su constitución a diferencia de la constitución exclusivamente privada de las asociaciones, la obligatoriedad indirecta en contra de la libertad asociativa, y su marcado carácter monopolístico³².

Mediante la promulgación de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales³³, se establece el principio de representación orgánica consagrado por el ordenamiento preconstitucional español mediante la participación del pueblo en las tareas legislativas y en las demás funciones de interés general, que se lleva a cabo a través de la familia, el Municipio, el Sindicato y demás Entidades con representación orgánica que a este fin reconozcan las leyes, que deben ser amparadas en cuanto satisfacen exigencias sociales de interés general, para que puedan participar eficazmente en el perfeccionamiento de los fines de la comunidad nacional y entre las que se encuentran los Colegios Profesionales, que se encontraban regulados por una serie de disposiciones dispersas y de distinto rango, lo que aconsejó dictar una disposición que, con carácter general y atendiendo a la variedad de las actividades profesionales, recogiera los principios jurídicos básicos en esta materia y garantizase la autonomía de los Colegios, su personalidad jurídica y plena capacidad

31 JORDANA DE POZAS, L.: *Ensayo sobre las entidades públicas representativas y profesionales en el Derecho Administrativo Español*, Homenaje a Jordana de Pozas, I. IEP, 1961, págs. 213 y 307.

32 PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo I. Introducción. Organización administrativa. Empleo Público*, Open Ediciones, Madrid, 2015, págs. 295-297.

33 Boletín Oficial del Estado, nº 40, de 15 de febrero de 1974, Madrid, 1974, págs. 3046-3049.

29 Boletín Oficial del Estado, nº 36. 5 de febrero de 1943, Madrid, 1943, págs. 1204-1205.

30 Boletín Oficial del Estado, nº 24. 24 de enero de 1945, Madrid, 1945, pág. 788.

para el cumplimiento de los fines profesionales, así como las funciones de la Administración en orden a la regulación de las profesiones dentro del necesario respeto del ordenamiento jurídico general. En resumen se puede establecer que esta ley regula tanto la organización como el funcionamiento de los Colegios Profesionales del modo más amplio posible en consonancia con el carácter profesional de los fines colegiales. Es de apreciar que esta norma, de origen preconstitucional como se ha señalado con anterioridad, sigue vigente en nuestros días, aunque haya sido modificada en varias ocasiones para su adaptación a las nuevas circunstancias acontecidas a lo largo de todos los años de su vigencia.

Los Colegios Profesionales son definidos en esta ley como corporaciones de Derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, los cuales se estructuran en cuatro grandes grupos:

- la ordenación del ejercicio de las profesiones,
- la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria,
- la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados³⁴,
- y correspondiéndoles, en su ámbito territorial, adoptar las medidas conducentes a evitar el intrusismo profesional³⁵.

Al no existir en el artículo 149.1 de la Constitución Española reserva estatal de competencias sobre colegios profesionales, la competencia de las Comunidades Autónomas en la materia puede considerarse como exclusiva, permitiéndole regular a estas corporaciones en su territorio, sin más límites que el respeto a los principios contenidos en el artículo 36 de la Constitución.

A modo de ejemplo, y en el específico ámbito territorial de la comunidad autonómica andaluza, en el derogado artículo 13.24 del Estatuto de

Autonomía para Andalucía³⁶, se atribuía a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia exclusiva en materia de “Colegios Profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 36 y 139 de la Constitución”, artículos que a su vez determinan la reserva de ley respecto a la regulación de las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales, añadiendo el principio democrático a la estructura interna y el funcionamiento de los mismos, y la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado, respectivamente: se materializa mediante la Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía³⁷. En la actualidad, esta competencia exclusiva se ubica en los apartados 3 y 4 del artículo 79 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía³⁸, donde se determina que le corresponde a la citada Comunidad Autónoma, en lo no afectado por el artículo 149.1.18.^a de la Constitución, las competencias exclusivas sobre colegios profesionales y del ejercicio de las profesiones tituladas, siempre y cuando se realicen de acuerdo tanto con el artículo 36 de la Constitución como con la legislación del Estado, así como la competencia sobre la definición de las corporaciones, los requisitos para su creación y para ser miembros de las mismas en el marco de la legislación básica del Estado. Y en relación con el intrusismo, asunto a tratar del presente estudio, en el artículo 18.2.m de la Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía, se establece como función de los colegios profesionales la de proponer y, en su caso, adoptar las medidas necesarias para evitar el intrusismo profesional y la competencia desleal: esta función es traspuesta a los diferentes Estatutos de Colegios de Dentistas³⁹, en su mayoría de ámbito territorial provincial.

36 Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía. Boletín Oficial del Estado, nº 9, de 11 de enero de 1982, Madrid, 1982, págs. 517 a 524.

37 Boletín Oficial del Estado, nº 301, de 17 de diciembre de 2003, Madrid, 2003, págs. 44891-44900.

38 Boletín Oficial del Estado, nº 68, de 20 de marzo de 2007, Madrid, 2007, págs. 11871-11909.

39 V.g. en el artículo 13.17 de la Orden de 8 de noviembre de 2013, por la que se aprueba la modificación de los estatutos del Colegio Oficial de Dentistas de Cádiz y se dispone su inscripción en el registro de Colegios Profesionales de Andalucía. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, nº 242 de 12 de diciembre de 2013, Sevilla, 2013, pág. 66.

34 Artículos 1.1 y 1.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

35 Artículo 5.1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

5. EL PAPEL DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES DE DENTISTAS EN LA LUCHA CONTRA EL INTRUSISMO. CONTENCIOSOS DERIVADOS DEL DELITO DE INTRUSISMO

El objetivo principal del presente estudio es determinar si los Colegios Profesionales de Dentistas (o de Odontólogos y Estomatólogos, si aún no han modificado su nomenclatura debido a que los Colegios son profesionales y, por lo tanto, deben citar la profesión y no la/s titulación/es que permiten su ejercicio) cumplen la función de adoptar las medidas conducentes a evitar el intrusismo profesional, determinada en la legislación vigente en cuanto a su regulación, tanto estatal como en las autonómicas.

Para ello, se usarán aquellas resoluciones emanadas por las autoridades judiciales en aquellos contenciosos derivados del delito de intrusismo, analizando de manera conjunta y separada, si la participación de los Colegios Profesionales es evidente en el cumplimiento de la citada función de lucha contra el intrusismo.

La jurisprudencia que se ha utilizado para el presente estudio se ha obtenido a través de la base de datos de Westlaw de Aranzadi, con un intervalo de 35 años comprendido entre la resolución más antigua que data de 1980 y el 31 de diciembre de 2015, fecha elegida para aplicar un límite superior a la horquilla. Del citado estudio, de un total de 4985 resoluciones que se han obtenido en la búsqueda de las palabras “dentista”, “odontólogo”, “odontología”, “estomatólogo” y “estomatología”, se han extraído un total de 195 resoluciones judiciales entre sentencias y autos que tratan sobre el delito en cuestión, el intrusismo o usurpación de funciones, las cuales son sometidas a una primera lectura de situación, una segunda lectura de comprensión y análisis específico en la cual se extraen dos caracteres principales: las variables determinadas para el estudio estadístico y los elementos esenciales destacados del delito, con el hallazgo de determinadas singularidades. El estudio estadístico de tal cantidad de variables se ha realizado con la última versión del programa informático IBM SPSS, que se trata de la 23.0.

Las variables que se han estudiado de cada resolución son las siguientes:

1. Participación del Colegio de Dentistas.

En este caso la variable es muy sencilla: cuando hay participación en el proceso del Colegio Profesional de Dentistas y cuando no sucede, o bien no se conoce.

2. Año de emisión de la resolución.

Se marca el año, con cuatro dígitos, en el cual se ha emitido la resolución judicial, es decir, en el cual se ha emitido por parte de la autoridad judicial un fallo motivado de los hechos que han sido puestos a su disposición.

3. Tipo de resolución.

Son resoluciones judiciales las providencias, los autos y las sentencias dictadas por los jueces y Tribunales. En este estudio, debido a la base de datos utilizada, no existen providencias al respecto⁴⁰.

Se dictarán autos cuando se decidan recursos contra providencias o decretos, cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de demanda, reconvenición, acumulación de acciones, admisión o inadmisión de la prueba, aprobación judicial de transacciones, acuerdos de mediación y convenios, medidas cautelares y nulidad o validez de las actuaciones. También revestirán la forma de auto las resoluciones que versen sobre presupuestos procesales, anotaciones e inscripciones registrales y cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta Ley tramitación especial, siempre que en tales casos la ley exigiera decisión del Tribunal, así como las que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria, salvo que, respecto de estas últimas, la ley hubiera dispuesto que deban finalizar por decreto; y se dictarán sentencias para poner fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la ley. También se resolverán mediante sentencia los recursos extraordinarios y los procedimientos para la revisión de sentencias firmes⁴¹.

4. Órgano que emite la resolución.

Son cuatro los órganos judiciales que ventilan los contenciosos motivados por el intrusismo en Odontología. Ordenados de menor a mayor

⁴⁰ Se dictará providencia cuando la resolución se refiera a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial por así establecerlo la ley, siempre que en tales casos no exigiera expresamente la forma de auto.

⁴¹ Artículo 206 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

grado de jerarquía⁴², se tratan de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, las Audiencias Provinciales, la Sala Segunda del Tribunal Supremo y, como órgano no clasificable en la jerarquía descrita, el Tribunal Constitucional⁴³.

5. Provincia del órgano.

Se introduce como variable las tres primeras letras del nombre de la provincia del órgano judicial del que emana la resolución. En caso de coincidencia, se usa bien la siguiente letra o una abreviatura que defina el nombre de la provincia.

6. Comunidad autónoma del órgano.

Dato que se computa como el apartado anterior, en el cual también existen coincidencias que son solventadas por el mismo método.

7. Resolución a quo (previa).

Se trata de la resolución que emite el órgano judicial mediante auto o sentencia que es objeto de impugnación mediante recurso, a excepción de aquellas que se emiten por los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, y se tratan de las siguientes variables: absolutoria o condenatoria⁴⁴, sobreseimiento libre y archivo de la causa⁴⁵, o el inicio de la instrucción⁴⁶.

8. Resolución ad quem (posterior).

Se trata de la resolución que emite el órgano judicial mediante auto o sentencia tras la impugnación mediante recurso. En este caso, aquellas que se emiten por los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, son datos calificados como perdidos ya que no existen este tipo de resoluciones por parte de estos entes. Se tratan de las mismas variables que las descritas en el apartado “Resolución a quo”

42 Artículo 26 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

43 Artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

44 Artículos 144 y 742 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

45 Artículos 634 y ss del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

46 Artículos 757 y ss del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

9. Cambio en el fallo.

En el caso de haberse presentado recurso⁴⁷, en este apartado se describe el cambio que se ha producido en la resolución, que comprende tres variables: el primero, que no ha habido cambio en el fallo; el segundo, que sí ha habido cambio sustancial en el fallo; y en tercero, que sí ha habido cambio pero con un carácter parcial. No se ha de confundir la calificación de parcial con la de cambio sustancial en el fallo, ya que la primera sólo se produce cuando ha existido un aumento o disminución de la pena, pero sigue subsistiendo, mientras que la segunda se refiere a un verdadero cambio (por ejemplo, de condenatoria a absolutoria).

10. Tipo de cambio realizado.

Sólo en los casos de cambio previstos anteriormente como cambio sustancial (o total) y del parcial, se determina el tipo de cambio ejercido en ellos, pero eso sí, sólo con respecto al querellado. Puede ser un cambio a mejor cuando la pena se ha reducido o se ha anulado, y a peor cuando sucede lo contrario, se ha incrementado la establecida inicialmente o cuando se ha impuesto “*de novo*”. Se establece también la variable “Inadmisión” cuando el cambio ha sido la inadmisión de la causa, que no se ha de confundir con sobreseimiento ni con absolución, ya que en este caso no se ha admitido a trámite el estudio del caso por no tener base para ello.

11. Inicia el recurso.

Los medios de impugnación o recursos, que son aquellos actos de postulación que se pueden ejercitar frente una resolución judicial con el fin de que, por el mismo órgano que lo dictó (no devolutivos) o por su superior jerárquico (devolutivo), se proceda a la anulación de esa resolución y sus sustitución por otra que, aplicando el Derecho, acceda a la pretensión de la parte recurrente⁴⁸. Por ello, el dato a introducir puede ser de cuatro tipos: que no proceda porque se trata de una resolución que no ha sido objeto de recurso, que la haya iniciado el querellado o parte acusada del proceso, que lo haya iniciado el querellante y/o

47 Artículos 216 y ss y 846 bis a y ss del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

48 GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, 4ª ed, 2014, Madrid, págs. 501 y ss.

denunciante, o que la ejerzan de manera independiente pero simultánea querrelados y querellantes.

12. Querellantes exceptuando el Ministerio Fiscal.

Se trata de un dato que indica el número de personas que, por medio de denuncia o querrela, han acusado a determinadas personas por haber cometido el delito de intrusismo. En este caso se exceptúa del recuento al Ministerio Fiscal como acusador, ya que este ente tiene el derecho-deber de ejercitar la acción penal ante la sospecha de la comisión de un delito público (como es el delito de intrusismo) y la obligación de comparecer para sostener la pretensión penal en aquellos procesos penales incoados por los ofendidos que obedezcan a delitos semipúblicos, así como la prohibición de solicitar la incoación o de personarse en los procesos por delito privado (como los de calumnias e injurias)⁴⁹.

13. Delito/s cometido/s.

Según la definición descrita en el vigente Código Penal, son delitos aquellas acciones u omisiones, de tipo dolosa o imprudente, que son penadas por la ley⁵⁰. En el presente estudio, se analizan aquellas acciones contempladas en el delito de intrusismo⁵¹. En el caso de sólo haber cometido el delito de intrusismo, o si se trata de una falta de intrusismo, sólo se cuantifica como una sola infracción penal. Cuando se suma al delito de intrusismo cualquier otro, se marca con una abreviatura que intenta reunir todas las infracciones penales, como son las siguientes asociaciones: intrusismo, coacciones y derechos de los trabajadores, intrusismo y documento oficial falso; Intrusismo, documento oficial falso y lesiones por imprudencia; intrusismo y estafa; Intrusismo y lesiones; intrusismo, estafa y abusos deshonestos; intrusismo, estafa y lesiones, intrusismo y homicidio imprudente; Intrusismo, estafa, lesiones y otros; y otro denominado como varios, que acoge a varios delitos no descritos con anterioridad donde está incluido el de intrusismo.

49 Según se desprende de los artículos 104 y 105 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 1 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

50 Artículo 10 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

51 Artículo 403 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

14. Uso de detectives.

Los detectives privados se encargan de la ejecución personal de los servicios de investigación privada, mediante la realización de averiguaciones en relación con personas, hechos y conductas privadas, pero no podrán investigar delitos perseguibles de oficio, debiendo denunciar inmediatamente ante la autoridad competente cualquier hecho de esta naturaleza que llegara a su conocimiento, y poniendo a su disposición toda la información y los instrumentos que pudieran haber obtenido hasta ese momento⁵². En este apartado sólo existen dos variables en el presente estudio: que bien exista la contratación de un detective privado; o que bien no la haya, o no se deduzca del texto su presencia.

15. Motivo alegado para recurrir en casación.

Siendo muy limitadas las causas que se pueden alegar para poder interponer un recurso de casación ante el Tribunal Supremo⁵³, se pueden clasificar en los siguientes: nuevos acontecimientos para un recurso extraordinario de revisión, infracción de un precepto constitucional, infracción de una norma sustantiva, error en la apreciación de la prueba, infracción procesal causante de indefensión material, vulneración de los requisitos de la sentencia, y la mezcla de ellos, como sería, por ejemplo, infracción de un precepto constitucional junto con la infracción de una norma sustantiva y el error en la apreciación de la prueba,.

16. Motivo alegado para recurrir en apelación.

De igual forma, son definidas las causas para poder acudir a un recurso de apelación⁵⁴. Se pueden tomar las variables descritas en el apartado anterior.

6. RESULTADOS

En primer lugar, se analizarán los datos obtenidos de la jurisprudencia analizada de manera conjunta, sin diferenciar entre aquellas en las cuales ha participado un determinado Colegio Profesional de

52 Apartados 1 y 4 del artículo 37 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.

53 Artículos 847 y ss del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

54 Artículo 846 bis y ter del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

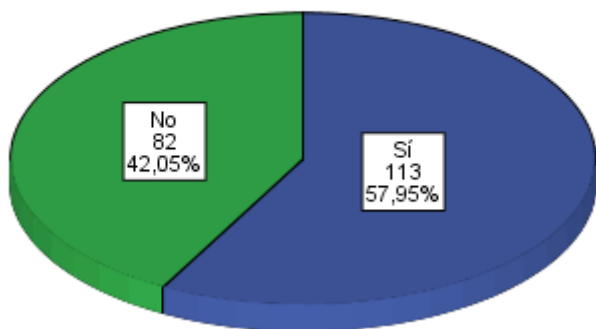
aquellas otras en las que no ha tenido participación: de esta forma se apreciarán si las variables se modifican o no dependiendo de la participación del Colegio Profesional.

Seguidamente, se realizará un estudio por separado de ambas situaciones, estableciendo una comparativa entre ellas. Tras el pertinente estudio estadístico descriptivo de las variables introducidas de manera conjunta, se pueden extraer los siguientes datos:

1. Participación del Colegio de Dentistas.

La participación en el proceso del Colegio Profesional de Dentistas es mayoritaria, participando de manera activa en el contencioso en el 57,95% de los casos.

Participación del Colegio de Dentistas



2. Año de emisión de la resolución judicial.

Antes de su estudio estadístico, se ha de entender que no se trata del año en el cual se ha cometido el delito ya que la resolución se emite en un plazo muy posterior a la comisión del delito. Es difícil establecer el tiempo entre ambos acontecimientos (comisión del delito y emisión de una resolución judicial) porque el delito de intrusismo suele ser un delito continuado a lo largo del tiempo en el que se determina la comisión a partir de la fecha de la realización por parte del intruso de actos propios de la profesión invadida y/o la fecha en la que se interpone una denuncia⁵⁵ ante los Ilustres Colegios Oficiales de Dentistas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o las autoridades judiciales, o querrela⁵⁶ ante las autoridades judiciales, frente tales actos.

⁵⁵ Artículos 259 y ss. del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵⁶ Artículos 270 y ss. del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Se puede observar que no existen diferencias estadísticamente significativas en cuanto al número de resoluciones emitidas cada año de la serie histórica, aunque es de destacar que la suma de las resoluciones de los once años con mayor frecuencia supera la mitad de las estudiadas y que se tratan de las más actuales (1990, 1996, 1998, 2000, 2002, 2005, 2006, 2008, 2010, 2011 y 2012).

En las resoluciones en las cuales no ha existido participación del Colegio Profesional, no existen diferencias significativas, coincidiendo con años en los cuales han existido una mayor prevalencia cuando han sido analizadas sin distinción, como 1990, 2002, 2006, 2008 y 2011.

Año de emisión de la resolución sin participación del Colegio Profesional					
		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Válido	2006	6	7,3	7,3	7,3
	2008	6	7,3	7,3	14,6
	2011	6	7,3	7,3	22,0
	1990	5	6,1	6,1	28,0
	1991	5	6,1	6,1	34,1
	2001	5	6,1	6,1	40,2
	2002	5	6,1	6,1	46,3

En el otro extremo, es decir, participación del Colegio, los mayores picos se han establecido en años coincidentes con el análisis sin segregación, como 1996, 1998, 2000, 2008, 2010 y 2012).

Año de emisión de la resolución con participación del Colegio Profesional					
		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Válido	2010	9	8,0	8,0	8,0
	1996	8	7,1	7,1	15,0
	2000	8	7,1	7,1	22,1
	2008	8	7,1	7,1	29,2
	1999	7	6,2	6,2	35,4
	2012	7	6,2	6,2	41,6
	1998	6	5,3	5,3	46,9

3. Tipo de resolución judicial.

En este apartado se establecen los siguientes resultados, que sorprenden por sus cifras redondas: un 80% corresponden a sentencias, es decir, las 4/5 partes de todas las resoluciones, mientras que los autos sólo representan en 20%.

Es normal que se arrojen estas cifras debido a la fuente que hemos usado: la base de datos de Aranzadi. Con un contenido de 395.891 resoluciones del Tribunal Supremo y 1.515.617 de las Audiencias Provinciales, que bajo la humilde opinión del autor es la base de datos jurisprudencial más completa, pero es más frecuente que se documenten sentencias que autos debido a su mayor interés para el usuario final de la citada base de datos (juristas, estudiantes, profesores, etc...), según se aclara desde el Servicio de Atención al Cliente de dicho servicio.

Mediante una tabla cruzada entre las variables participación del Colegio de Dentistas y tipo de resolución, arroja una repartición casi igualitaria en los autos, pero algo mayoritaria, con un 60,3% en el caso de las sentencias cuando ha existido participación del Colegio.

			Tipo de resolución		Total
			Auto	Sen-tencia	
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Re-cuento	19	94	113
		%	48,7	60,3	57,9
	No	Re-cuento	20	62	82
		%	51,3	39,7	42,1
Total		Re-cuento	39	156	195
		%	100	100	100

4. Órgano que emite la resolución judicial.

Ídem se puede considerar respecto al órgano que emite la resolución, con unos incisos: el primero,

la baja recopilación de sentencias de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción debido a su difícil accesibilidad, y el segundo, la disminución de resoluciones emitidas cuanto más subimos en la jerarquía judicial, es decir, la superioridad del órgano es inversamente proporcional al número de resoluciones producidas.

Las Audiencias Provinciales predominan en las bases de datos jurídicas⁵⁷, como se puede comprobar en esta búsqueda.

		Fre-cuencia	%	% váli-do	% acu-mulado
Válido	Audiencia Provincial	135	69,2	69,2	69,2
	Tribunal Supremo	42	21,5	21,5	90,8
	Tribunal Constitucional	13	6,7	6,7	97,4
	Juzgado de Primera Instancia e Instrucción	5	2,6	2,6	100,0
	Total	195	100	100	

Si se cruzan estos datos con la participación de los Colegios Profesionales, existe un equilibrio entre los diferentes Juzgados y Tribunales, excepto en el caso del Tribunal Constitucional donde predomina la presencia como acusación particular de los Colegios Profesionales en un 84,6% de las resoluciones.

	Órgano que emite la resolución				Total
	Au-diencia Pro-vincial	Juz-gado Prime-ra Instancia	Tri-bunal Con-stitu-cional	Tri-bunal Supre-mo	

57 LÓPEZ HURTADO, M.; VALENÍN RUÍZ, F.J.: *Análisis de las bases de datos*, Biblioteca de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2009.

			A.P.	J.1ª I.	T.C.	T.S.	Total
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Re-cuento	80	2	11	20	113
		%	59,3	40,0	84,6	47,6	57,9
	No	Re-cuento	55	3	2	22	82
		%	40,7	60,0	15,4	52,4	42,1
Total		Re-cuento	135	5	13	42	195
		%	100	100	100	100	100

5. Provincia del órgano judicial.

Dato fácil de obtener en los casos de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y de las Audiencias Provinciales, ya que en las primeras consiste en localizar la provincia en la que se encuentra ubicada la localidad del Juzgado y en el segundo, viene implícita en el encabezamiento de la propia sentencia. No obstante, en el caso de órganos superiores, tales como el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, es un dato que hay que indagar en el texto de la resolución, ya que la resolución judicial que ha sido objeto de recurso de casación, en el primer caso, o de amparo, en el segundo, que ambos se ventilan en estos Tribunales ubicados en la capital del Estado, proceden de Juzgados y Tribunales de menor entidad territorial que se pueden circunscribir a una determinada provincia.

De su análisis estadístico se aprecia con facilidad cómo la sumatoria de las resoluciones de sólo 6 de las 52 provincias existentes en el Estado español absorben a los orígenes territoriales del delito de intrusismo en más del 50% (en Madrid no se recuentan aquellas emanadas de los Altos Tribunales que se ubican allí).

Las provincias con las cifras más elevadas son las siguientes:

Provincia del órgano (en orden decreciente)					
		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Válido	Sevilla	22	11,3	11,3	11,3
	Barcelona	21	10,8	10,8	22,1
	Valladolid	19	9,7	9,7	31,8
	Las Palmas	16	8,2	8,2	40,0

Válido	Madrid	15	7,7	7,7	47,7
	Cádiz	7	3,6	3,6	51,3
	Cantabria	7	3,6	3,6	54,9
	Murcia	7	3,6	3,6	58,5
	Zaragoza	6	3,1	3,1	61,5
	Gerona	5	2,6	2,6	64,1
	Huelva	5	2,6	2,6	66,7
Málaga	5	2,6	2,6	69,2	

Destaca la presencia en el “*ranking*” de dos provincias andaluzas (Sevilla en la 1ª posición, y Cádiz, en la 6ª, y es de destacar que, aunque no son las principales, la onubense ocupa la 11ª posición y la malagueña, la 12ª), además de las dos provincias más pobladas del Estado (Barcelona, en 2º puesto, y Madrid, en 5º lugar). Valladolid obtiene la 3ª plaza y Las Palmas de Gran Canaria, la 4ª.

Tomando como referencia las seis provincias con mayor prevalencia, se vuelven a obtener datos equilibrados si tenemos en cuenta la participación o no de las corporaciones en los contenciosos suscitados en su circunscripción territorial, de manera similar que en conjunto a nivel nacional. Sólo se salen de esta norma en la provincia hispalense, donde existe una participación muy activa del Colegio Profesional, estando implicado en el 72,7% de las resoluciones, mientras que en el polo opuesto se ubica Madrid, donde está ausente en el 93,3% del tamaño de la muestra.

Tabla cruzada entre la participación de los Colegios y las principales provincias									
			Sevilla	Barcelona	Valladolid	Las Palmas	Madrid	Cádiz	Nacional
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Re-cuento	16	10	11	9	1	4	113
		%	72,7	47,6	57,9	56,3	6,7	57,1	57,9
	No	Re-cuento	6	11	8	7	14	3	82
		%	27,3	52,4	42,1	43,8	93,3	42,9	42,1
Total		Re-cuento	22	21	19	16	15	7	195
		%	100	100	100	100	100	100	100

6. Comunidad autónoma del órgano judicial.

Las Comunidades Autónomas que captan casi las tres cuartas partes (exactamente un 70,3 %) de las resoluciones judiciales son las mismas que acogen en su seno a las seis provincias con mayor prevalencia. Incluso siguen el mismo orden. En primer lugar Andalucía, con casi una cuarta parte (24,6%), que de las ocho provincias que la conforman, recoge a las provincias sevillana y gaditana, que ocupaban el 1º y 6º puesto en cuanto a su contabilización por provincias.

Le sigue en segunda posición la Comunidad de Cataluña (14,9%), de las que una de sus cuatro provincias, Barcelona, ocupa también el mismo, como se puede observar en el apartado anterior. La comunidad autónoma de Castilla y León (13,3%), la más extensa con nueve provincias, ocupa la tercera posición, al igual que su circunscripción de Valladolid en el orden por provincias. Las Islas Canarias (9,7%) es la 4ª comunidad autónoma, con siete islas mayores agrupadas en dos provincias, en la que una de ellas también ocupa la misma posición: Las Palmas. El último lugar de este elenco lo ocupa la comunidad autónoma uniprovincial de Madrid, con un 7,7%.

Comunidad autónoma del órgano (en orden decreciente de resoluciones)					
		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Válido	Andalucía	48	24,6	24,6	24,6
	Cataluña	29	14,9	14,9	39,5
	Castilla y León	26	13,3	13,3	52,8
	Islas Canarias	19	9,7	9,7	62,6
	Madrid	15	7,7	7,7	70,3
	Aragón	7	3,6	3,6	73,8
	Cantabria	7	3,6	3,6	77,4
	Región de Murcia	7	3,6	3,6	81,0
	Castilla-La Mancha	6	3,1	3,1	84,1
	Islas Baleares	6	3,1	3,1	87,2

De la misma manera que en el caso de las provincias, se procede a relacionar la presencia o ausencia del Colegio Profesional, tomando de referencia las cinco comunidades autónomas más prevalentes que han sido objeto de análisis individual, que acaparan el 70,3% de las resoluciones objeto de estudio.

Tabla cruzada participación del Colegio de Dentistas y comunidad autónoma del órgano								
			Andalucía	Cataluña	Castilla y León	Islas Canarias	Comunidad de Madrid	Total nacional
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Re-cuento	35	17	14	11	1	113
		%	72,9	58,6	53,8	57,9	6,7	57,9
	No	Re-cuento	13	12	12	8	14	82
		%	27,1	41,4	46,2	42,1	93,3	42,1
Total	Re-cuento	48	29	26	19	15	195	
	%	100	100	100	100	100	100	

En ella se refleja la ligera intervención (57,9%) a nivel nacional por parte de los Colegios de Dentistas con respecto a su abstención, de la misma forma que sucede en el resto de comunidades autónomas más prevalentes. En Andalucía predomina la presencia de los Colegios con una presencia del 72,9% de las resoluciones (en la provincia de su capital hispalense es de un 72,7%), mientras que la comunidad madrileña desprende la misma cifra de abstención del 93,3% debido a que se trata de una comunidad autónoma uniprovincial.

7. Resolución a quo (previa).

En este caso, se analiza el fallo o parte dispositiva de las diferentes resoluciones. Tomando como estudio inicial los autos emitidos en la materia objeto de análisis, se establecen como valores perdidos aquellos resultados que son propios de las sentencias, quedando una escasa muestra de 29 autos frente al total de resoluciones, ofreciendo el siguiente cuadro estadístico, donde los sobreseimientos superan al resto de opciones del auto, pero debido al pequeño tamaño de la muestra, no se pueden extrapolar estos resultados para poder afirmar que se trate de la opción más mayoritaria.

Resolución a quo (previa)					
		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Válido	Sobreseimiento	18	9,2	62,1	62,1
	Instrucción	11	5,6	37,9	100,0
	Total	29	14,9	100,0	

Relacionando este dato con la intervención de los Colegios Profesionales, se ofrece la siguiente tabla en la que existe un equilibrio, que sólo es ligeramente superior en el caso de la participación cuando se ha emitido sobreseimiento libre de la causa.

Tabla cruzada Participación del Colegio de Dentistas y resolución a quo (previa)					
			Resolución a quo (previa)		Total
			Instrucción	Sobreseimiento	
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Re-cuento	5	12	17
		%	45,5	66,7	58,6
	No	Re-cuento	6	6	12
		%	54,5	33,3	41,4
Total		Re-cuento	11	18	29
		%	100	100	100

Mientras que en el caso de las sentencias, en cuyo caso se establecen como valores perdidos aquellos datos que son resultado de un auto, como son el sobreseimiento libre y archivo de la causa, y el inicio de la instrucción del procedimiento. Por ello, de la muestra de 195 resoluciones, se procede a perderse los 29 datos estudiados en el apartado anterior sobre los autos y analizar los 166 restantes, considerándose un tamaño de la muestra aceptable. Se establece el siguiente resultado en cuanto a su análisis:

Resolución a quo (previa)					
		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Válido	Condenatoria	149	76,4	89,8	89,8
	Absolutoria	17	8,7	10,2	100,0
	Total	166	85,1	100,0	

Con estos resultados se refleja la eficacia en la lucha frente al delito de intrusismo cuando éste ha sido sometido a dictamen de una autoridad judicial, con un 89,8% de sentencias condenatorias. Ahora bien, cuando se procede ahora a relacionar este dato con la presencia del Colegio Profesional, se representa mediante la siguiente tabla.

Tabla cruzada Participación del Colegio de Dentistas y la resolución a quo (previa)					
			Resolución a quo (previa)		Total
			Absolutoria	Condenatoria	
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Re-cuento	15	81	96
		%	88,2	54,7	58,2
	No	Re-cuento	2	67	69
		%	11,8	45,3	41,8
Total		Re-cuento	17	148	165
		%	100	100	100

Aunque a nivel global, existe una ligera mayoría (58,2%) de resoluciones con implicación del Colegio Profesional, en el caso de que hayan sido condenatorias hace que en poco más de la mitad de los contenciosos, se presente la Corporación en el recurso. En el caso de que la resolución “a quo”, haya sido absolutoria hace que se persone en el 88,2% de los casos, solicitando bien una pena o bien el endurecimiento de la ya impuesta, a través de la interposición de recurso.

8. Resolución ad quem (posterior).

Se vuelve a tomar la muestra de 29 autos frente al total de resoluciones, resultando este cuadro donde el inicio de la instrucción del procedimiento es mayor que el sobreseimiento libre y archivo de la causa.

De la misma manera que se indicó anteriormente con los autos a quo (previos), debido al pequeño tamaño de la muestra, no se puede extrapolar para poder afirmar que representa la mayoría.

Resolución ad quem (posterior)					
		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Válido	Instrucción	18	9,2	62,1	62,1
	Sobreseim.	11	5,6	37,9	100,0
	Total	29	14,9	100,0	

Una tabla cruzada donde se relacionan estos fallos con la jerarquía del órgano emisor desprende otro dato: arroja el mismo dato si se toma como referencia las Audiencias Provinciales. No se puede decir lo mismo respecto al Tribunal Supremo ya que sólo cuenta con un auto en el estudio.

Tabla cruzada Resolución ad quem (posterior) y el órgano que emite la resolución				
		Órgano que emite la resolución		Total
		Audiencia Provincial	Tribunal Supremo	
Resolución ad quem (posterior)	Instrucción	18	0	18
	Sobreseimiento	10	1	11
Total		28	1	29

La interrelación de la parte dispositiva o fallo de los autos “ad quem” y la intervención de los Colegios Profesionales de Dentistas muestra que no hay diferencias significativas entre la resolución de los autos y la participación o no.

Tabla cruzada participación del Colegio de Dentistas y resolución ad quem (posterior)					
			Resolución ad quem (posterior)		
			Instrucción	Sobreseimiento	Total
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Re-cuento	11	6	17
		%	61,1	54,5	54,8
	No	Re-cuento	7	5	14
		%	38,9	45,5	45,2
Total		Re-cuento	18	11	31
		%	100	100	100

En el caso de las sentencias, donde la muestra vuelven a ser las 156 resoluciones, al ser eliminados del análisis los autos. Como valores perdidos, se establecen un total de 10 sentencias, las cuales se han emitido sin ser objeto de un recurso, es decir, son resultado de un inicial juicio. Se establece el siguiente resultado en cuanto a su análisis estadístico:

Resolución ad quem (posterior)					
		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
		26	13,3	16,7	98,7
		2	1,0	1,3	100
Total		156	80,0	100	
Perdidos		39	20,0		
Total		195	100		

Un 82,1% de las resoluciones sentencias son condenatorias, frente a un 16,7% que son absolutorias. Sólo en el 1,3% de las sentencias, al ser múltiples los querellados, existen en la sentencia condenas para alguno/s y condena para otro/s.

Al establecer una tabla cruzada donde se relacionan estos fallos de las sentencias “ad quem” con el órgano emisor, nos ofrece la siguiente tabla:

Tabla cruzada: Resolución ad quem (posterior) y Órgano que emite la resolución						
			Órgano que emite la resolución			
			Audiencia Provincial	Tribunal Constitucional	Tribunal Supremo	Total
Resolución ad quem (posterior)	Condena-toria	Re-cuento	83,3%	46,2%	90,2%	82,1%
		%	2,0%			1,3%
		Absoluto-ria	14,7%	53,8%	9,8%	16,7%
Total			100%	100%	100%	100%

Las sentencias condenatorias son abundantes en las Audiencias Provinciales (con un 83,3% de las sentencias) y de las emitidas por el Tribunal Supremo (con un 90,2%). En el caso del Tribunal existe casi un equilibrio entre las condenatorias (46,2%) y las absolutorias (53,8%).

La interrelación de la parte dispositiva o fallo de las sentencias “ad quem” y la intervención de los Colegios Profesionales de Dentistas muestra una mayor cantidad de resoluciones con resultado absolutorio en las que ha intervenido (76,9%) que en las que se ha abstenido. Si se atienden a las condenatorias “ad quem”, existe casi una equivalencia entre aquellas en las que ha intervenido con las que no.

			Resolución ad quem (posterior)		
			Absolutoria	Condenatoria	Total
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Re-cuento	20	72	92
		%	76,9	56,3	59,0
	No	Re-cuento	6	56	64
		%	23,1	43,8	41,0
Total		Re-cuento	26	128	156
		%	100	100	100

9. Cambio en el fallo.

Esta es la tabla que muestra, en el caso de haberse presentado recurso, si se ha producido un cambio de total, de tipo parcial, o no se ha producido un cambio. Es preciso indicar en este punto que no se ha de confundir la calificación de cambio parcial con la de cambio total, ya que la primera se produce cuando ha existido un aumento o disminución de la pena, pero sigue subsistiendo la susodicha pena; en cambio, en la total, hay un cambio de imponerse una pena a ser absuelto, o viceversa.

Descartando aquellas resoluciones que no son motivo de un recurso, las cuales son tomadas como valores perdidos (sólo representan 10 del total de la muestra, que representan un escaso 5,1 %), del estudio de las restantes, existe una mayoría (un 69,7 %) de ausencia de cambio, es decir, que las pretensiones del recurso no han tenido la fuerza suficiente para provocar un cambio en la parte dispositiva. En segundo lugar, con un 17,4% se localizan aquellas que, al contrario, si han surtido efecto, provocando un sustancial cambio. No obstante, aun siendo superior

al porcentaje de aquellas que han obtenido una modificación parcial, se encuentra bastante alejada de los más de 2/3 de resoluciones que no han cambiado.

		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Válido	No	129	66,2	69,7	69,7
	Sí	34	17,4	18,4	88,1
	Parcial	22	11,3	11,9	100,0
	Total	185	94,9	100,0	
Perdidos	No procede	10	5,1		
Total		195	100		

Entre aquellas resoluciones en las cuales ha existido intervención de la corporación y las que no, no se evidencian grandes diferencias cuando no ha existido cambio en el fallo o parte dispositiva, o cuando éste ha sido parcial (modificación de la pena sin cambio de un estado a otro). Sin embargo, existe una mayor participación, estando presente en un 79,4% de aquellas resoluciones en las cuales si ha existido un cambio en el fallo (que puede ser, por ejemplo, de absolutoria a condenatoria, o viceversa).

			Cambio en el fallo			Total
			No	Parcial	Sí	
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Re-cuento	70	12	27	109
		%	54,3	54,5	79,4	58,9
	No	Re-cuento	59	10	7	76
		%	45,7	45,5	20,6	41,1
Total		Re-cuento	129	22	34	185
		%	100	100	100	100

10. Tipo de cambio realizado.

Se contabiliza sólo un caso de cambio a la inadmisión, es decir, cuando el cambio es que no se ha admitido a trámite el estudio del caso por no tener base para ello.

En el resto de los casos, cuando se ha efectuado un cambio, es mayoritario tanto en los casos de cambios totales como parciales, que han sido en beneficio del reo. Esta diferencia, de un cambio a mejor frente a uno a peor, destaca más en los cambios parciales (15 beneficiados frente a 7 perjudicados) que en los totales (19 frente a 15).

			Tipo de cambio realizado		Total
			A mejor	A peor	
Cambio en el fallo	Sí	Re-cuento	19	15	34
		%	55,9	68,2	59,6
	Parcial	Re-cuento	15	7	22
		%	44,1	31,8	38,6
	No	Re-cuento	0	0	1
		%	0,0	0,0	1,8
Total		Re-cuento	34	22	57
		%	100	100	100

Al relacionar el tipo de cambio (claro es, de aquellas en las que ha existido cambio) con la implicación o no de los Colegios Profesionales de Dentistas, se aprecia que están presentes de manera mayoritaria tanto en el caso de que el cambio sea favorable al reo, como en aquellos en los que les son perjudiciales.

			Tipo de cambio realizado			Total	
			Inadmisión	A mejor	A peor		
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Recuento	0	23	16	39	
		%	0,0	67,6	72,7	68,4	
	No	Recuento	1	11	6	18	
		%	100	32,4	27,3	31,6	
	Total		Recuento	1	34	22	57
			%	100	100	100	100

11. Inicia el recurso.

En el estudio estadístico sobre aquel/la o aquellos/as ejecutan aquellos actos de postulación con el fin de ser un medio de impugnación o recurso, se establece un porcentaje del 67,2% en el que es realizado por el querellado, mientras que un 23,1 % lo realiza el querellante. La figura que sean ambas partes las que lo inician representan sólo un 9,7%, claro está, cada uno con su pretensión de carácter opuesto. Existen 9 resoluciones en las cuales no procede su contabilización, es decir, son datos perdidos, ya que se tratan de resoluciones que no han sido fruto de un recurso, por lo que son tratados como valores perdidos.

Inicia el recurso		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Válido	Querellado	125	64,1	67,2	67,2
	Querellantes particulares	43	22,1	23,1	90,3
	Querellantes y querellados	18	9,2	9,7	100,0
	Total	186	95,4	100,0	
Perdidos	No procede	9	4,6		
Total		195	100		

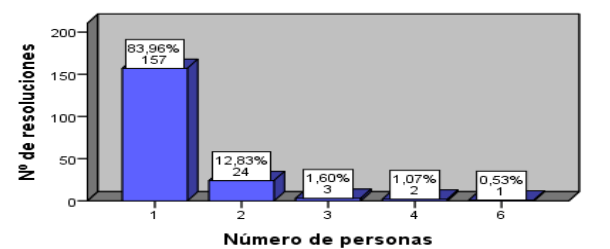
Interrelacionando quién ha iniciado el recurso con la participación de la corporación de Derecho público, están presentes en más casos que ausentes, de forma ascendente, cuando lo ha iniciado el querellado (53,6%), el querellante (69,8%) y ambos (72,2%).

			Inicia el recurso			Total	
			Querellado	Querellantes particulares	Querellantes y querellados		
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Recuento	67	30	13	110	
		%	53,6	69,8	72,2	59,1	
	No	Recuento	58	13	5	76	
		%	46,4	30,2	27,8	40,9	
	Total		Recuento	125	43	18	186
			%	100	100	100	100

12. Querellantes exceptuando el Ministerio Fiscal.

En el caso del análisis del número de personas que han acusado por el delito de intrusismo donde, como se indicó anteriormente, se exceptúa en el recuento el Ministerio Fiscal por ser un delito público, un 84% es ejecutado por una sola persona. Se acompaña por otra en sólo un 12,8% de los casos. Son extrañas las veces que participan presentando denuncia o querrela tres o cuatro personas, representando un 1,6% y un 1,1%, respectivamente. Sólo hay un caso residual en la que son seis (0,5% de la muestra). La media es de 1,22 0,614 personas.

Querellantes exceptuando el Ministerio Fiscal



El Colegio Profesional de Dentistas está presente en un 87,5% cuando son dos los querellantes, en un 66,7% cuando son tres y en todos cuando son cuatro. En el caso de ser sólo y exclusivamente uno el número de querellantes, hecha la excepción del Ministerio Fiscal que actúa en los delitos públicos como el del presente estudio, el Colegio está presente en un 56,1%, es decir, en más de la mitad de los recursos en los que sólo hay un querellante, es el propio Colegio.

Tabla cruzada entre la participación del Colegio de Dentistas y el número de querellantes exceptuando el Ministerio Fiscal

			Querellantes exceptuando el Ministerio Fiscal					Total
			1	2	3	4	6	
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Re-cuento	88	21	2	2	0	113
		%	56,1	87,5	66,7	100	0,0	60,4
	No	Re-cuento	69	3	1	0	1	74
		%	43,9	12,5	33,3	0,0	100	39,6
Total		Re-cuento	157	24	3	2	1	187
		%	100	100	100	100	100	100

13. Sexo del querellante.

En cuanto al sexo del querellante, en un 13,3% de los casos no ha sido posible extraer este dato de la resolución judicial. Es mayoritaria la presencia de una persona jurídica (Colegio profesional, sociedad, etc...) la que inicia el procedimiento, sumando un 68% de la muestra.

Sexo del querellante

		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Válido	Persona jurídica	115	59,0	68,0	68,0
	Mujer	25	12,8	14,8	82,8
	Varios	21	10,8	12,4	95,3
	Hombre	8	4,1	4,7	100
	Total	169	86,7	100	
Perdidos	Dato no conocido	26	13,3		
Total		195	100		

Al mezclar estos datos con la participación o la abstención del Colegio Profesional de Dentistas, se extraen aquellas relaciones en las cuales es posible la presencia del Colegio, excluyendo del estudio aquellos casos registrados como hombre o mujer. Sin embargo, cuando se trata de una persona jurídica o son varios, el Colegio está presente en el 81,7% y en el 85,7% de los casos, respectivamente.

Tabla cruzada entre la participación del Colegio de Dentistas y el sexo del querellante

			Sexo del querellante		
			Persona jurídica	Varios	Total
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Re-cuento	94	18	112
		%	81,7	85,7	66,3
	No	Re-cuento	21	3	57
		%	18,3	14,3	33,7
Total		Re-cuento	115	21	169
		%	100	100	100

14. Delito/s cometido/s

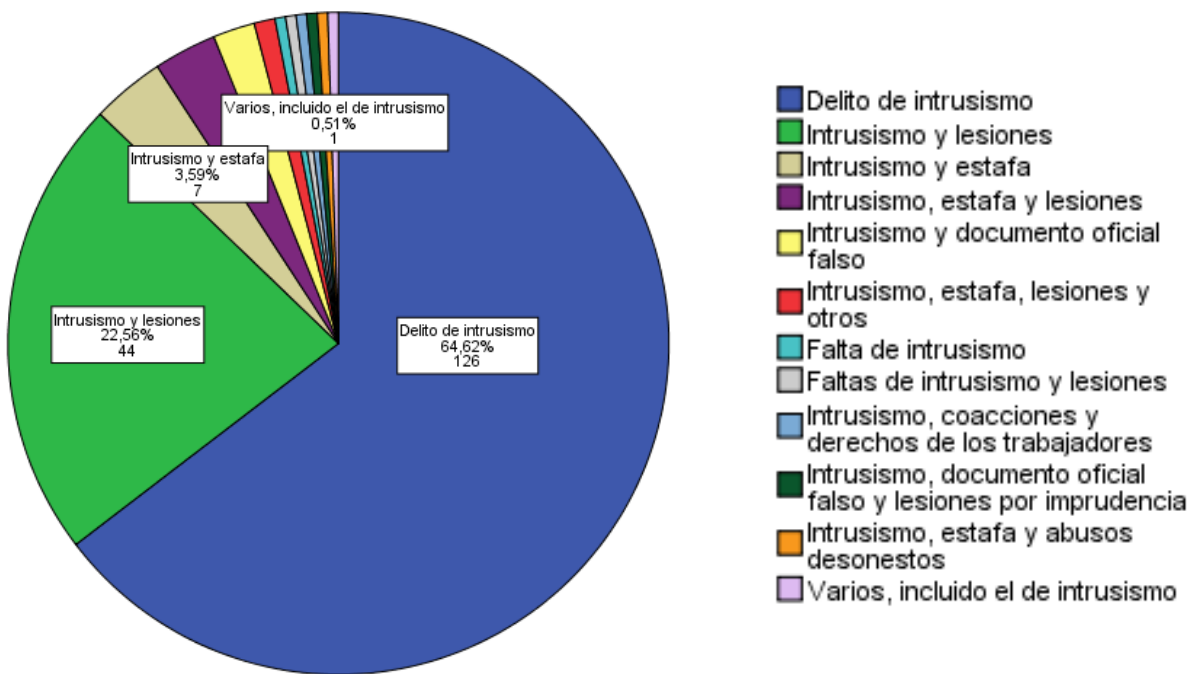
Los autores materiales del delito, en un 64,62%, sólo han sido objeto en el contencioso el de intrusismo. Sólo es acompañado de otros delitos como el de lesiones, en un 22,56%, y con el de estafa, en el 3,59%. La combinación de los tres (intrusismo, lesiones y estafa), en cuarto lugar de frecuencia, sólo está presente en un 3,1% de las resoluciones (ver gráfico “Delito/s cometido/s”).

El cruzamiento de los datos delito/s cometido/s y la participación del Colegio demuestra la alta presencia de éstos últimos en aquellos casos en los que sólo se trata el delito de intrusismo (65,9%), estando equilibrada su presencia cuando se acompaña del de lesiones (47,7%) o el de estafa (42,9%). En el caso de estar los tres de manera coetánea, sólo interviene en una de las seis resoluciones registradas.

Tabla cruzada entre la participación del Colegio de Dentistas y el/los delito/s cometido/s

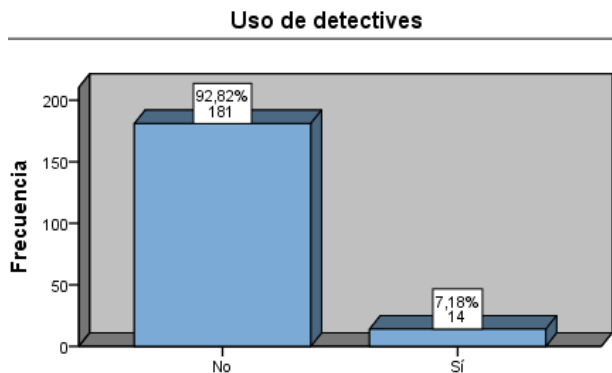
			Delito de intrusismo	Intrusismo y lesiones	Intrusismo y estafa	Intrusismo, estafa y lesiones	Total
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Re-cuento	83	21	3	1	113
		%	65,9	47,7	42,9	16,7	57,9
No	Re-cuento		43	23	4	5	82
	%		34,1	52,3	57,1	83,3	42,1
Total	Re-cuento		126	44	7	6	195
	%		100	100	100	100	100

Delito/s cometido/s



15. Uso de detectives.

Los detectives privados son contratados para la persecución de este delito de intrusismo en sólo el 7,18% de los casos.



Asociando este uso de detectives con la participación de los Colegios Profesionales de Dentistas, se obtiene la siguiente tabla, donde se aprecia que existe una correlación entre el uso de estos servicios profesionales y la participación de las corporaciones (92,9%).

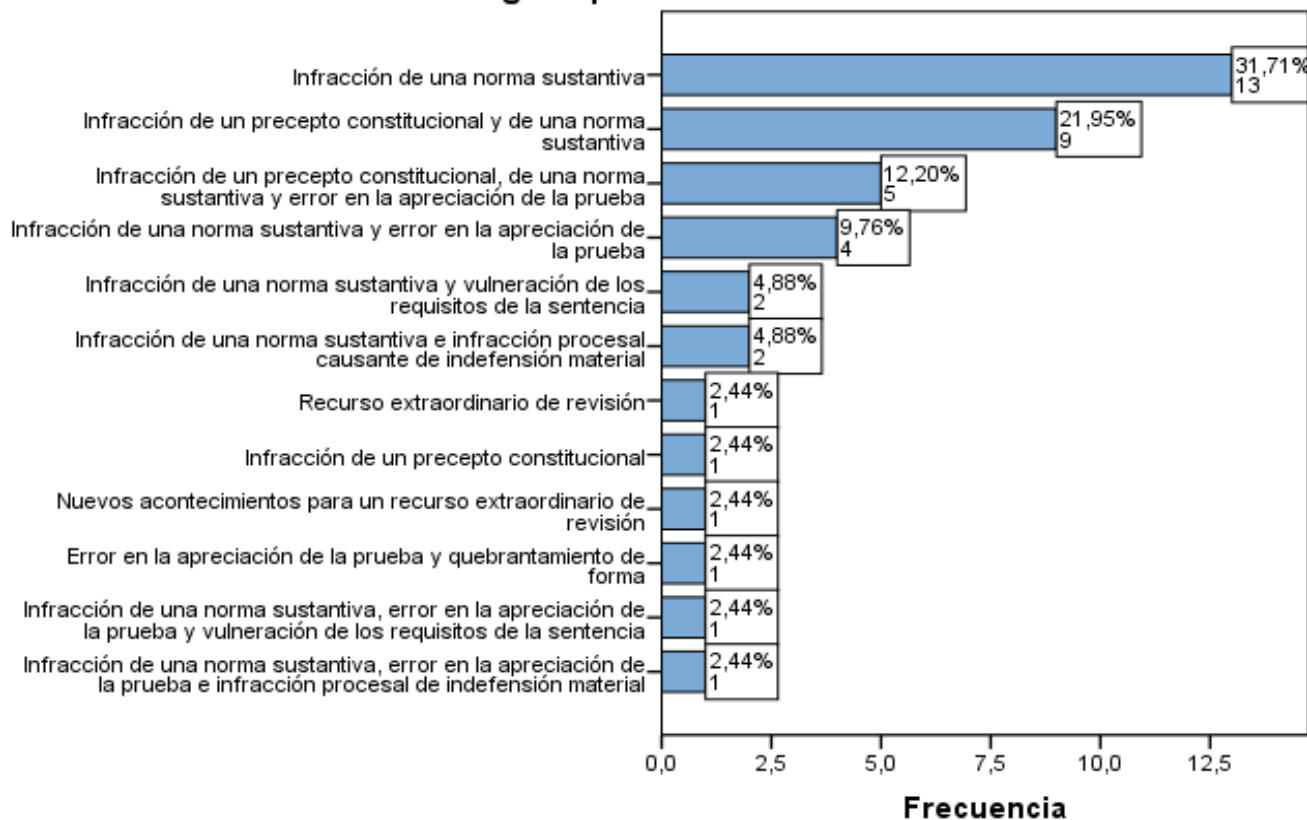
Tabla cruzada entre la participación del Colegio de Dentistas y el uso de detectives

		Uso de detectives		Total
		No	Sí	
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Recuento: 100 %: 55,2	Recuento: 13 %: 92,9	113 57,9
	No	Recuento: 81 %: 44,8	Recuento: 1 %: 7,1	82 42,1
Total		Recuento: 181 %: 100	Recuento: 14 %: 100	195 100

16. Motivo alegado para recurrir en casación.

Entre las limitadas causas por las cuales se puede interponer un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, se reparten en este estudio de la siguiente forma sobre las 41 resoluciones judiciales procedentes del Tribunal Supremo (un 21% de la muestra de este estudio): en casi un tercio de las resoluciones (31,71%), se aduce una infracción de la norma sustantiva; en un 21,95%, por lo anterior junto a una infracción de una norma constitucional; y en un 12,2%, las dos anteriores junto con el error en la apreciación de la prueba. Son escasos los usos de otras causas o mezcla de causas.

Motivo alegado para recurrir en casación



Si se determinan los motivos más frecuentes con la participación de los colegios, se aprecia su implicación cuando el asunto es llevado a ventilar al Tribunal Supremo, excepto en el caso más frecuente: infracción de una norma sustantiva, que sólo está presente en el 23,1% de los casos.

Participación del Colegio de Dentistas	No	Re-cuento	10	4	1	21
		%	76,9	44,40	20,00	51,20
Total		Re-cuento	13	9	5	41
		%	100	100	100	100

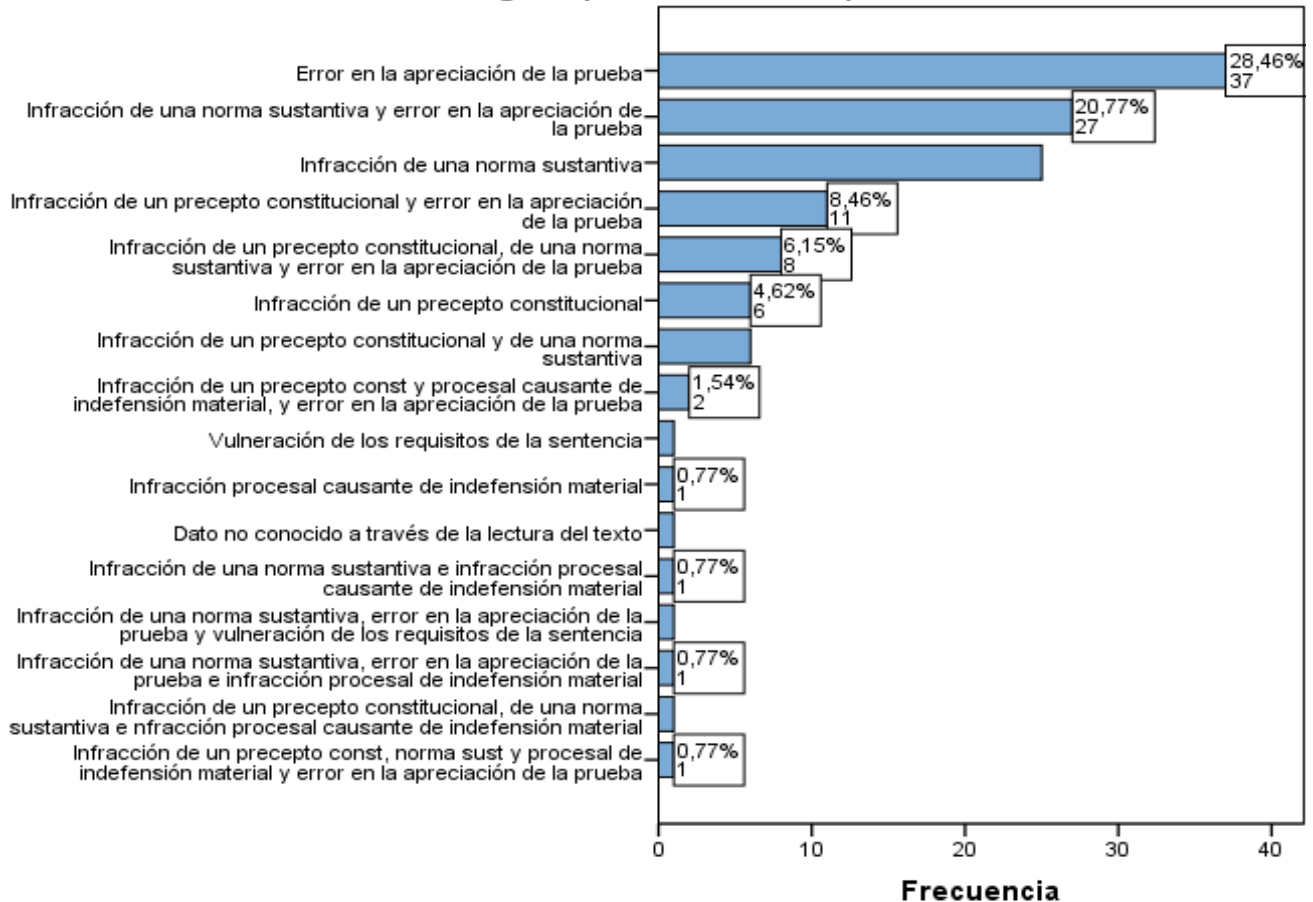
Tabla cruzada entre la participación del Colegio de Dentistas y el motivo alegado para recurrir en casación

		Infracción de una norma sustantiva	Infracción de un precepto constitucional y de una norma sustantiva	Infracción de un precepto constitucional de una norma sustantiva y error en la apreciación de la prueba	Total	
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Re-cuento	3	5	4	20
		%	23,1	55,60	80,00	48,80

17. Motivo alegado para recurrir en apelación.

De igual forma, entre las definidas causas para poder acudir a un recurso de apelación, aparece la siguiente tabla, donde destaca, entre las 130 resoluciones que han alcanzado la Audiencia Provincial (un 66,7% del total de la muestra), que un 28,46% de utiliza la causa del error en la apreciación de la prueba, en un 20,77%, la anterior junto la infracción de una norma sustantiva; sólo ésta última, en el 8,46% de los casos. La suma de las tres causas, es decir, infracción de un precepto constitucional, de uno sustantivo y el error en la apreciación de la prueba, han sido objeto en un 8,46% de las resoluciones.

Motivo alegado para recurrir en apelación



En el caso de las Audiencias Provinciales, al establecer una correlación entre los principales motivos del recurso de apelación y la participación de los Colegios Profesionales, se observa un equilibrio entre asistencia y abstención, a excepción del caso de alegar infracción de una norma sustantiva y error en la apreciación de la prueba, en la que se dispara con una presencia de la corporación del 70,4%.

Tabla cruzada entre la participación del Colegio de Dentistas y el motivo alegado para recurrir en apelación

			Error en la apreciación de la prueba	Infracción de una norma sustantiva y error en la apreciación de la prueba	Infracción de una norma sustantiva	Total
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Re-cuento	21	19	11	77
		%	56,8	70,4	44,0	59,2
	No	Re-cuento	16	8	14	53
		%	43,2	29,6	56,0	40,8
Total	Re-cuento	37	27	25	130	
	%	100	100	100	100	

7. DISCUSIÓN

Es cuestión de realizar un análisis enlazado e interpretado de los resultados expuestos en el apartado anterior, comenzando por decir que del análisis de la jurisprudencia penal se aprecia una presencia de los Colegios Profesionales de Dentistas cuando se ventilan contenciosos a causa del delito de intrusismo: lo refleja la presencia de estas corporaciones de Derecho Público en tres quintas partes del global (un 57,95%) de las resoluciones estudiadas, ya sean autos o sentencias. Un dato esencial en el inicio de su estudio pormenorizado: en las variables estudiadas se aprecia un equilibrio entre aquellas resoluciones en las cuales ha existido intervención del ente corporativo y aquellas en las que no, como en la distribución por tipo de resolución.

En cuanto a los años más recientes, que son donde se han presentado más prevalencia, se pueden establecer como motivos la mayor persecución del delito, la mayor litigiosidad y la mayor implicación de los Colegios Profesionales frente a este delito, aunque hay que tener en consideración que la base de datos usada recoge más sentencias actuales que antiguas. Incluso en el estudio del órgano judicial emisor de la resolución, teniendo en cuenta que las procedentes de las Audiencias Provinciales son las más numerosas por la causa esgrimida anteriormente, existe un equilibrio entre las aquellas en las que el Colegio de Dentistas ha participado y aquellas en las que no. Sólo sale de la norma aquellas que proceden del Tribunal Constitucional que, no siendo las más numerosas, sí son en las que más ha participado las Corporaciones de Derecho Público con una presencia en el 84,6% de las resoluciones, con el dato de que la totalidad de éstas tratan sobre recursos de amparo referidos a homologaciones de titulados extranjeros a los cuales se les había negado la equivalencia.

En el estudio territorial se establece una similitud entre los datos obtenidos por provincias y por comunidades autónomas: las provincias más prevalentes están dentro del territorio de las comunidades más afectadas, incluso en aquellas que acaparan gran número de provincias. En casi todas existe una armonía entre aquellas resoluciones que citan al Colegio de Dentistas correspondiente por territorio y aquellas en las que no ha existido esta presencia. El casi es debido al antagonismo de dos de ellas: por un lado, Sevilla ofrece una alta participación de su Colegio Profesional con un 72,7%, seguida de Cádiz con un 57,1%, igual que la comunidad autónoma andaluza que las acoge, con un porcentaje de presencia del 72,9%; y por el lado contrario, se ubica la provincia autónoma de Madrid, cuyo resultado de intervención provincial es el mismo que el autonómico (tan sólo en un 6,7% de los casos). En este caso se puede deducir que las comunidades autónomas andaluza y catalana son las más litigiosas, con sus capitales encabezando la lista por provincia, respectivamente. Ello puede ser por tres motivos: por la mayor implicación de los Colegios Profesionales en la persecución del delito de intrusismo, por la mayor delincuencia en esta materia en tales territorios y/o por la mayor prevalencia en la base de datos.

Los fallos o partes dispositivas de las resoluciones son estudiadas diferenciando las previas (“*a quo*”) de las posteriores (“*ad quem*”):

- en el caso de las previas se diferencian, por un lado, los autos que, lamentablemente, son poco numerosos para un estudio estadístico de calidad, donde la presencia de los Colegios Profesionales es similar a su ausencia y donde el sobreseimiento provisional y el archivo de la causa es el resultado más prevalente, mientras que por otro lado se encuentran las sentencias, donde son condenatorias en la gran mayoría de ellas, exactamente en un aplastante 89,8%, donde el Colegio de Dentistas está presente en la mitad de ellas, y donde las absolutorias, siendo su cantidad minoritaria, la presencia del colegio profesional es alta (en un 88,2%). Ello da a entender que la involucración del Colegio Profesional cuando se persona en la causa es mayor cuando son absolutorias que cuando son condenatorias ya que persiguen que se establezca una pena al presunto intruso absuelto, y la mayor dureza en las condenatorias (o la personación para que no se reduzca o se absuelva).

- y en el caso de las posteriores o “*ad quem*”, por un lado los autos reflejan una mayoría de inicio de la instrucción y la participación del colegio profesional es igual a su ausencia, mientras que por otro lado las sentencias, que son condenatorias en su mayoría (82.1%) como las “*a quo*”, existe igualmente la misma participación que los autos en el caso de ser condenatorias, mientras que su participación sube al 76,9% en el caso de las absolutorias. Es por ello que se puede establecer las mismas consideraciones que en el apartado anterior, y que será completada con el análisis de otras variables como el cambio en el fallo y, en caso de producirse, el tipo de cambio.

Una de las variables más importantes del estudio consiste en el análisis de la existencia o no de cambio en el fallo cuando se ha presentado un determinado recurso, que arroja el siguiente dato: no se ha producido cambio alguno en casi el 70% de las resoluciones. La participación del Colegio de Dentistas ha sido similar a su ausencia en el caso de que no se haya producido cambio, y también en el singular caso de que este cambio se haya realizado de manera parcial, mientras que su participación es alta, rozando las cuatro quintas partes de las resoluciones, en el caso de existir un cambio a mejor o favorable para el querellado o presunto intruso. Se puede decir que la participación y la ausencia del Colegio Profesional son datos equilibrados en el tipo de cambio (a mejor

o a peor), de la misma forma que sucede en el análisis de los datos generales, es decir, sin diferenciación entre participación o ausencia. Estos datos ofrecen una visión de la gran implicación del Colegio de Dentistas cuando el cambio ha sido a mejor para el intruso, demostrando un interés en presentarse como acusación en aquellos casos en los que hay que respetar la decisión judicial de mejorar la condena, o incluso absolver al querellado.

Observación que se refuerza con el análisis de las siguientes tres variables: quién inicia el recurso, el número de querellantes y el sexo de tales querellantes: de la primera de ellas, el recurso es iniciado en un 67,2% por el querellado tomando como referencia los datos de manera global, ya que es la parte que sufre la acusación y la condena, mientras que la participación del Colegio Profesional es similar a la ausencia en caso de inicio por parte del querellado (53,6%), es alto en el caso de que lo inicie el querellante (69,8%), y aún más cuando son querellantes y querellados de manera simultánea (72,2%), con lo que llega a la conclusión de que la Corporación de Derecho Público acompaña que lucha en sede judicial contra el intrusismo; con respecto a la segunda, el número de querellantes, suele ser en solitario (83,96%), y en mucha menor proporción, acompañado (12,83%), donde la participación del Colegio es del 56,1% cuando es en solitario (es la única parte que recurre) y del 87,5% en caso de ser dos, siendo el principal acompañante de la parte perjudicada; y finalmente, de la tercera variable (sexo del querellante), en un 68% se trata de una persona jurídica, cuya mayoría es un Colegio Profesional (81,7%), mientras que en el 12,4% son varios (personas físicas y/o jurídicas), donde también hay una mayoría de participación activa de un Colegio Profesional (85,7%).

El uso de detectives para la persecución del delito de intrusismo sólo se produce en el 7,18% de los casos, cantidad mínima, aunque de esos contenciosos existe una aplastante participación del Colegio Profesional, con un 92,9%, que sufraga el coste de los servicios del profesional, ayudando a perseguir el delito.

No se puede concluir diferencias estadísticamente significativas en la participación o ausencia en otros aspectos o variables estudiadas, como el/los delito/s perseguidos, y los motivos alegados cuando se recurre en apelación y/o en casación.

8. CONCLUSIONES

Del presente estudio se pueden establecer las siguientes conclusiones:

1. El delito de intrusismo es una lacra, un delito público que aunque su bien jurídico protegido es la fe pública, es pluriofensivo porque afecta a la población en general, a los profesionales y a la profesión en sí misma considerada.

2. Los Colegios Profesionales, como Corporaciones de Derecho Público, fueron creados y siguen sobreviviendo con la misión primordial de defender la profesión, y la lucha contra el intrusismo ha sido una de sus funciones, tan importante que fue el origen principal de su gestación a finales del siglo XIX.

3. Del estudio jurisprudencial de treinta y cinco años, cuyas penas bajo mi humilde opinión son ridículas por el principio de proporcionalidad (de 12 a 24 meses como máximo de multa en el tipo básico, y tan sólo de 6 meses a 2 años de prisión en el tipo agravado), se aprecia una alta participación en sede judicial por parte de los Colegios Profesionales de Dentistas que se reflejan a través de las siguientes variables: en su participación global, en los recursos que se presentan, en el inicio de las actuaciones recurrentes en soledad o con la víctima o perjudicado y, aunque se cite de manera residual, participando con la contratación de detectives privados en la persecución de un delito público.

4. Aún queda mucho camino que recorrer, por lo que los Colegios de Dentistas deben concienciar a la población no sólo que no deben ser tratados por personal no cualificado, sino que en el caso de que lo hayan sufrido, se dirijan a ellos para que sean guiados y apoyados en el complicado procedimiento judicial.

9. BIBLIOGRAFÍA

- BACA PONCE, A.: *La Odontología española en el primer cuarto del siglo actual*, Boletín de Información Dental. Año XXVIII, Mayo-Junio, Madrid, 1968.
- CALVO SÁNCHEZ, L.: *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Madrid, Ed. Civitas, 1998.

- CASTRO REINO, O.: *Saludo del Presidente*. Disponible en la URL: <http://www.consejodentistas.es/> [Con acceso el 8.6.2016].
- CASADO CARRERO, A.R.: *Odontoestomatología y Ley: 1875-1931*, Tesis Doctoral, Sevilla, 1995.
- ESCUDERO LÓPEZ, J.A.: *Curso de Historia del Derecho: fuentes e instituciones político-administrativas*, 4ª ed, Ed. Edisofer, 2012.
- GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, 4ª ed, 2014, Madrid.
- JORDANA DE POZAS, L.: *Ensayo sobre las entidades públicas representativas y profesionales en el Derecho Administrativo Español*, Homenaje a Jordana de Pozas, I. IEP, 1961.
- LÓPEZ HURTADO, M.; VALENÍN RUÍZ, F.J.: *Análisis de las bases de datos*, Biblioteca de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2009.
- MENDOZA OLIVARES, F.J.: *Legislación odontológica 1931-1948: nacimiento de la especialidad médica de Estomatología*, Tesis doctoral, Sevilla, 1997.
- PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo I. Introducción. Organización administrativa. Empleo Público*, Open Ediciones, Madrid, 2015.
- SERRANO TÁRRAGA, M. D.: *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, 1997.

LA PROVISIÓN DE PLAZAS DE PERSONAL ESTATUTARIO MEDIANTE COMISIÓN DE SERVICIOS

Ángel García Millán

Servicio de Salud de Castilla-La Mancha

Concepción Moreno del Mazo

Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA NATURALEZA DE LA COMISIÓN DE SERVICIOS; III. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA COMISIÓN DE SERVICIOS EN EL ÁMBITO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD; IV. LA COMISIÓN DE SERVICIOS EN LA LEY 55/2003, DEL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD; V. CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD: LA MOTIVACIÓN DE LA COMISIÓN DE SERVICIOS. a) Justificación de necesidades de servicio. b) Potestad discrecional; VI. LA PRESENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO, CAPACIDAD Y PUBLICIDAD; VII. LA PLASMACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE COMISIÓN DE SERVICIOS: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA; VIII. CONCLUSIONES; IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Se realiza una revisión de la comisión de servicios como sistema de provisión de puestos en el ámbito del personal estatutario de los servicios de salud, y de la necesaria presencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

PALABRAS CLAVE

Comisión de servicios, potestad discrecional, igualdad, mérito, capacidad.

ABSTRACT

There is realized a review of the commission of services as system of provision of positions in the area of the statutory personnel of the services of health, and the necessary one attends the principles of equality, merit and capacity.

KEYWORDS

Commission of services, discretionary authority, equality, merit, capacity.

I. INTRODUCCIÓN

La comisión de servicios es un mecanismo de atribución no definitiva de puestos de trabajo en el ámbito de la función pública amparado en la potestad de autoorganización de la que goza la Administración.

En el ámbito de la Administración Pública Sanitaria, esta figura ha sido ampliamente utilizada en detrimento de las vías ordinarias para la cobertura de puestos de trabajo, perfilándose como una modalidad de provisión temporal que a menudo encubre preferencias personales en un marco de absoluta discrecionalidad¹. Debido a ello, se echa en falta mayor

¹ SÁNCHEZ MORÓN, M. El empleo público en España: problemas actuales y retos de futuro. Revista aragonesa de Administración Pública [online] Monografía XIII 2011, p 22. Disponible en la URL: <http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragon.es/AdministracionPublica/Documentos/docs2/Instituto%20Aragon%C3%A9s%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20Aragonesa%20Adm%20P%C3%BAblica/>

rigor en determinados aspectos de su regulación tales como la delimitación de los supuestos que permitirían acudir a la misma y el establecimiento de garantías para el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad -a veces olvidados por la Administración-, de manera que quede acotado el campo del ejercicio de la discrecionalidad, estableciendo trabas a posibles decisiones arbitrarias o caprichosas de quienes quisieran utilizar la comisión de servicios como tapadera con la que enmascarar fines ajenos al interés público.

Por otra parte, la comisión de servicios se percibe por los profesionales como una vía más para poder ver cumplidas determinadas expectativas de desarrollo profesional, de mejora de condiciones laborales, o incluso, como respuesta a exigencias de conciliación de vida laboral y familiar, especialmente ante la falta de periodicidad de las convocatorias a través de las vías ordinarias de provisión definitiva de puestos.

Este trabajo se aproxima a la figura de la comisión de servicios en el ámbito del régimen del personal estatutario de los servicios de salud, haciendo hincapié en su naturaleza de acto discrecional para la provisión temporal de puestos, de la que deriva la obligación de justificar el porqué se acude a ella en detrimento de otros sistemas de provisión, así como la necesaria consideración de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

II. LA NATURALEZA DE LA COMISIÓN DE SERVICIOS

Como se ha apuntado, la comisión de servicios es un mecanismo de provisión temporal de puestos de trabajo que se inserta dentro del ámbito de la potestad de autoorganización de la Administración. Sin embargo, su naturaleza ha sido tratada de diferente forma por los tribunales.

En ocasiones se ha señalado que, en sentido estricto, no nos hallamos ante un sistema de provisión de puestos de trabajo, sino más bien ante un simple *procedimiento para el desempeño del puesto* en caso de urgente necesidad, tal y como defiende el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en su sentencia de 21 de febrero de 2012², en cuyo fundamento jurídico

cuarto sostiene que *“la comisión de servicios se configura como una manifestación más de la potestad discrecional de la Administración Pública, al poder proveerla bien directamente, bien practicando un llamamiento a los funcionarios que estime oportunos, como dice la sentencia del TSJ de Madrid de 7 de junio de 2004, y por ello configurada como un sistema excepcional de provisión de puestos de trabajo, o como dice la sentencia del TSJ de Castilla y León en Burgos, 368/2004 de 8 de septiembre, un procedimiento para el desempeño, que no cobertura, del puesto, que no impide que el puesto así cubierto se incluya entre los vacantes que se ofrezcan para su provisión con carácter definitivo por el sistema que proceda utilizar para conseguir este objetivo, sistema que garantizará el derecho de igualdad”*. Seguidamente, afirma que *“en puridad, la comisión de servicios no es un sistema de provisión de puestos de trabajo sino de simple cobertura en caso de urgente necesidad”*.

El Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, en sentencia de 27 de enero de 2014³, declara que *“la comisión de servicios no es un modo de provisión temporal de puestos funcionariales vacantes ya que los sistemas ordinarios son los de oposición, concurso-oposición y concurso (artículo 61.4 y 5 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público) sino que se trata de una forma extraordinaria y temporal de cubrir esas vacantes”*.

Esta tendencia jurisprudencial traza una línea divisoria entre los sistemas de provisión de puestos de trabajo ordinarios con otros mecanismos de asignación provisionales entre los que figuraría la comisión de servicios; los primeros destinados a la cobertura de plazas y los segundos dirigidos a dar respuesta a situaciones excepcionales en la que primaria garantizar el desempeño del puesto en tanto la plaza permanece vacante. Más significativo resulta que esa excepcionalidad sirva de pretexto para que la Administración pueda ocupar esos puestos practicando el llamamiento a los funcionarios que estime oportunos o, como se dice en la sentencia de 10 de enero de 2005 del TSJ de Castilla-La Mancha⁴, sin que fuera precisa la motivación en cuanto a la persona seleccionada puesto que *“ello es algo propio de esta clase de nombramientos, no sujetos a un proceso de depuración del mérito y la capacidad”*.

Monograf%C3%ADas/Monografico_XIII/04_Sanchez.pdf [Con acceso 25.2.2016]

² Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, sentencia número 172/2012. ROJ STSJ CV 218/2012.

³ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, sentencia número 11/2014. JUR\2014\49898.

⁴ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, sentencia número 10003/2005. JUR 2005\50224.

Sin embargo, cabe rebatir esta interpretación pues, en definitiva, y aun siendo de forma temporal, la realidad es que mediante la comisión de servicios se lleva a efecto la designación o adscripción de una persona a un puesto, lo que hace que sea razonable plantear la presencia de los principios de mérito y capacidad recogidos en el artículo 103.3 de la Constitución Española, más aún, cuando la duración en el tiempo de aquélla se prevé duradero. A esta cuestión se destina más adelante un apartado en este trabajo.

Esta naturaleza de sistema de provisión también se infiere de la lectura de la actual normativa específica que afecta al personal estatutario - artículo 39 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud⁵- que admite la figura de la comisión de servicios como sistema de provisión temporal, tanto cuando la plaza se encuentre vacante hasta su cobertura mediante un procedimiento para su provisión definitiva, como cuando un puesto de trabajo esté temporalmente desatendido, de modo que tiene cabida en situaciones tales como excedencias con reserva de puesto, incapacidad temporal, u otras en las que la duración de la ausencia y las necesidades del servicio lo aconsejen. Por su parte, el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público⁶ también habla de “*provisión temporal*” de puestos en su artículo 81.3 (“*en caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo podrán proveerse con carácter provisional debiendo procederse a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación*”).

A pesar de la argumentación plasmada en las sentencias citadas anteriormente, no resulta admisible que la causa que justifica el empleo de la comisión de servicios sirva de excusa para que la designación de la persona se haga bajo el juicio único de la Administración, con merma de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, de obligada presencia tal y como se prescribe en el artículo 29.1 a) de la Ley 55/2003 (“*la provisión de plazas del personal estatutario se regirá por los siguientes principios básicos: igualdad, mérito y publicidad en la selección, promoción y movilidad del personal de los servicios de salud*”) y en el artículo 78.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (“*las Administraciones Públicas proveerán los*

puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad”).

En defensa de estos planteamientos también encontramos pronunciamientos judiciales que se decantan por considerar a la comisión de servicios como un sistema de provisión de puestos sujeto a los principios de mérito y capacidad. Así, en sentencia de 13 de febrero de 2002, la Audiencia Nacional⁷ decía que “*las comisiones de servicio deben responder a los principios de igualdad, mérito y capacidad pues, el carácter excepcional y temporal de esta forma de provisión no le priva de su condición de tal, para lo que cuenta con la correspondiente regulación, sometida con carácter general a los mencionados principios, aunque presente peculiaridades, pues en uno u otro caso resultaría ilegal y por tanto, inaplicable, ya que la asignación no puede realizarse arbitrariamente, sino que debe recaer en quien reúna los requisitos establecidos al efecto*”.

En el sentido de lo expuesto, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en sentencia de 17 de junio de 2011⁸, frente a la defensa de la Administración en la que se aboga por considerar a la comisión de servicios como un mecanismo para la *simple cobertura en caso de necesidad* (lo que además justificaría poder acudir al funcionario que en opinión del gestor o directivo reuniera la idoneidad para atender las tareas propias del puesto que se ha de cubrir con urgencia), resuelve la cuestión otorgándola condición de mecanismo de provisión de puestos. Señala en el Fundamento Jurídico Tercero que “*dentro de lo que el Tribunal Constitucional denomina relación funcional no cabe duda que entran también los aspectos concernientes a la provisión de puestos de trabajo por comisión de servicios, que se encuentran regulados en el mismo título II del RD 365/95, relativo a la provisión de puestos de trabajo. No en vano, el Estatuto Básico del Empleado Público ya lo menciona expresamente, al disponer con carácter general en su artículo 78.1 que las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y que, en caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos podrán proveerse con carácter provisional (...)*. El mismo Tribunal,

5 B.O.E. número 301, de 17 de diciembre de 2003.

6 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. B.O.E. Número 261, de 31 de octubre de 2015.

7 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. recurso de apelación número 240/2001. JUR\2002\144136.

8 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, sentencia número 283/2011. RJCA\2011\587.

en sentencia de 22 de febrero de 2011⁹, otorga el carácter de forma extraordinaria de provisión a la comisión de servicios recogida en el artículo 39 de la Ley 55/2003, señalando que la misma no puede ser considerada como una forma ordinaria y alternativa de provisión de puestos de trabajo.

Siguiendo esta línea argumental cabe citar otros ejemplos, como la sentencia de 26 de mayo de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha¹⁰ la cual señala que *“los contornos que configuran las comisiones de servicio desde sus presupuestos habilitantes, o como procedimiento de provisión de puestos (...) la conceptúan como una situación sometida a ciertas restricciones que justifica la necesidad de la motivación cuando se recurre a ella”*; la sentencia de 24 de abril de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid¹¹, en cuyo fundamento jurídico tercero califica a la comisión de servicios como forma extraordinaria de provisión; o la sentencia de 29 de julio de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares¹² que - con mayor acierto que en la anteriormente citada sentencia de 27 de enero del mismo año - tras recordar que el Real Decreto 364/1995, y la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público establecen los sistemas normales de provisión, indica a su vez que *“es verdad que el Real Decreto 364/1995 también contempla la posibilidad de que los puestos de trabajo puedan ser cubiertos mediante comisión de servicios y adscripción provisional, de forma temporal, en los supuestos previstos en su artículo 36 y 64 (...) Contemplada en la Ley 7/2007 la misma regla general de provisión, igualmente se contemplan procedimientos excepcionales de provisión a los que se les exige siempre motivación...”*

III. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA COMISIÓN DE SERVICIOS EN EL ÁMBITO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

Antes de adentrarnos más en la actual regulación de la provisión de puestos a través de la comisión de servicios en el ámbito del personal estatutario de

los servicios de salud, es conveniente llevar a cabo una sucinta aproximación a su aplicación en la época constitucional, que comienza con la atribución al Estado de la competencia en exclusiva para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de los funcionarios -por medio del mandato contenido en el artículo 149.1.18 de la CE- y continúa años después con la aprobación y publicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, con la que se pretende abordar una renovación, siquiera parcial, del régimen funcional teniendo en cuenta la obsolescencia de las normas preconstitucionales de la función pública y la distribución territorial y competencial derivada del Estado de las Autonomías.

La redacción de la Ley 30/84 en lo concerniente a su ámbito de aplicación incluye, junto al personal civil del Estado, al personal de la Administración Militar y sus respectivos organismos autónomos, *«al personal funcionario de la Administración de la Seguridad Social»* (art. 1.1.c.), lo que en un primer momento permite pensar en su aplicación también para el personal estatutario adscrito al INSALUD¹³. Sin embargo, tal posibilidad desaparece cuando la misma ley, en su artículo 1.2¹⁴ y en su disposición transitoria cuarta¹⁵, deja fuera al personal estatutario, que seguiría rigiéndose por su legislación específica. Aun así, la ley deja una puerta abierta para la gestión del personal estatutario cuando, en su artículo 1.5, establece su carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluidas en su ámbito de aplicación, de manera que el personal estatutario, sometido aún a normativa preconstitucional, en virtud de la supletoriedad establecida, participa de la reforma emprendida al resultarle de aplicación diversos reales decretos dictados en desarrollo y ejecución de la Ley 30/1984.

13 Entidad gestora dependiente del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social tras la reforma efectuada sobre la gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo por el Real Decreto Legislativo 36/1978 de 16 de noviembre.

14 *En aplicación de esta Ley podrán dictarse normas específicas para adecuarla a las peculiaridades del personal docente e investigador, sanitario, de los servicios postales y de telecomunicación y del personal destinado en el extranjero.*

15 *El personal de la Seguridad Social regulado en el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social en el Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal no Sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, así como el de los Cuerpos y Escalas Sanitarios y de Asesores Médicos a que se refiere la disposición adicional decimosexta se regirán de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º 2, de esta Ley, por la legislación que al respecto se dicte.*

9 Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, sentencia número 453/2011. JUR\2011\170287.

10 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, sentencia número 269/2009. ROJ STSJ CLM 2132/2009.

11 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, sentencia número 619/2006. JUR\2007\80144.

12 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, sentencia número 417/2014. JUR\2014\229122.

En el contexto descrito, se promulga el Real Decreto 2617/1985, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Provisión de puestos de trabajo y de Promoción profesional de los funcionarios de la Administración del Estado, que en su artículo 6 otorga a la comisión de servicios¹⁶ el carácter de *procedimiento de carácter excepcional*, alternativo al procedimiento normal de provisión de vacantes -concurso con convocatoria pública- y sujeta su aplicación a la concurrencia de *urgente e inaplazable necesidad*, durante el plazo máximo de seis meses, prorrogables hasta dieciocho meses, debiendo el puesto ocupado ser incluido necesariamente en la siguiente convocatoria de provisión normal. Si bien el precepto no hace distinción expresa entre el carácter voluntario o forzoso de la comisión de servicios, lo hará posteriormente el Real Decreto 730/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los funcionarios de la Administración del Estado, que reserva el carácter forzoso a la comisión de servicios regulada en el artículo 61¹⁷ de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964, y en el artículo 6 del precitado Real Decreto 2617/1985, estableciendo su carácter voluntario en supuestos concretos de concesión¹⁸. En todo caso, los parámetros bajo los que

se regula la comisión de servicios son los mismos para el personal funcionario y para el personal de las instituciones sanitarias, y nada se dice respecto a una distinta regulación en función del régimen jurídico del personal, algo a nuestro entender razonable pues, por su propia naturaleza, la regulación de la comisión de servicios debería aplicarse de manera homogénea al conjunto de la función pública.

Esta situación persiste en el tiempo pese a la entrada en vigor de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, cuyo artículo 84.1 vuelve a hacer referencia a la regulación especial y diferenciada del personal de las instituciones sanitarias al señalar que el personal de la Seguridad Social, regulado en el Estatuto Jurídico de Personal Médico de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal no sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, el personal de las Entidades Gestoras que asuman los servicios no transferibles y los que desempeñen su trabajo en los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, se regirán por lo establecido en el Estatuto Marco que aprobará el Gobierno en desarrollo de esta Ley, y todo ello sin perjuicio de lo previsto en el art. 87 de esta Ley¹⁹.

Con fecha 28 de Marzo de 1988 el Director General de Recursos Humanos, Suministros e Instalaciones, en virtud de la Orden de 23 de Octubre de

16 1. Cuando un puesto de trabajo quede vacante, la autoridad competente podrá, en caso de urgente e inaplazable necesidad, proceder a cubrirlo en comisión de servicio, durante un plazo máximo de seis meses, con otro funcionario capacitado para su desempeño en razón a su grado personal. (...). 2. El puesto de trabajo cubierto temporalmente, de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, será incluido necesariamente en la siguiente convocatoria de provisión normal. Si el puesto continúa vacante, podrá prorrogarse la comisión de servicio hasta un máximo de dieciocho meses, salvo que se hubiese cubierto provisionalmente con otro funcionario mediante comisión de servicio.

17 Cuando, celebrado concurso para la provisión de una vacante, ésta se declare desierta y sea urgente para el Servicio su provisión, a juicio del Subsecretario del Departamento correspondiente, podrá destinarse con carácter forzoso, en comisión de servicio, al funcionario que, sirviendo en el mismo Ministerio de que la plaza dependa y reuniendo las condiciones necesarias para ocuparla, tenga menor antigüedad de servicios en el Departamento o menores cargas familiares.

18 El artículo 4 del Real Decreto 2617/1985 señala: 1 En casos excepcionales y con reserva del puesto de trabajo podrán los funcionarios desempeñar puestos o funciones especiales distintas de las específicas del puesto de trabajo a que se hallen adscritos, cuando al efecto les haya sido conferida una comisión de servicios de carácter temporal. 2. La comisión de servicios podrá acordarse en los siguientes casos:

a) para el desempeño temporal de un puesto de los incluidos en las relaciones de puestos de trabajo adscritos a los funcionarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley 30/1984, de 2 de agosto. b) para la realización de tareas especiales que no estén asignadas específicamente a los puestos incluidos en las relaciones de puestos de trabajo. c) para la realización de tareas que, por causa de su mayor volumen temporal o por otras razones coyunturales, no puedan ser atendidas con

suficiencia por los funcionarios que desempeñan con carácter permanente los puestos de trabajo a los que se asignen dichas tareas. d) para participar por tiempo que salvo casos excepcionales no tendrá duración superior a seis meses en misiones de cooperación internacional al servicio de organismos internacionales, entidades o gobiernos extranjeros, e) para cooperar o prestar asistencia técnica durante un máximo de dos años, a la administración de las comunidades autónomas, previa petición de las mismas.

3. Los funcionarios en comisión de servicios percibirán la totalidad de sus retribuciones con cargo a los créditos incluidos en los programas en que figuran dotados los puestos de trabajo que realmente desempeñen excepto los comprendidos en los supuestos b) y c) que continuaran percibiendo las retribuciones correspondientes a su puesto de trabajo, todo ello sin perjuicio de la percepción de las dietas e indemnizaciones a que tengan derecho, en su caso, de acuerdo con lo previsto en el real decreto 1344/1984, de 4 de julio, de indemnizaciones por razón del servicio.

Artículo 5. La comisión de servicios será desempeñada voluntariamente excepto en el caso regulado por el artículo 61 de la ley articulada de funcionarios civiles del estado, de 7 de febrero de 1964, y por el artículo 6. del Real Decreto 2617/1985, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento general de provisión de puestos de trabajo y de promoción profesional de los funcionarios de la Administración del Estado.

19 El apartado 1 del artículo 84 fue expresamente derogado por la Disposición Derogatoria única de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud

1986, por la que se delegan atribuciones en distintas autoridades y funcionarios del Ministerio de Sanidad y Consumo, sus Organismos Autónomos e Instituto Nacional de la Salud, dicta instrucciones a fin de poner orden en cuanto a la adscripciones temporales, a las que califica de “*excesivamente numerosas y no siempre motivadas por necesidades del servicio*”, regulando los requisitos y el procedimiento de tramitación de las adscripciones temporales voluntarias y la competencia para su concesión, constituyéndose dichas instrucciones como referencia específica por la que se regirá el personal estatutario.

Las instrucciones, al igual que la normativa funcional, mantienen el carácter excepcional que caracteriza a la comisión de servicios, atendiendo para su concesión a la existencia de “*ineludibles necesidades asistenciales*” que deben ser precisadas en un *detallado informe* confeccionado al efecto, y que deberá ponerse en relación con la situación de la plantilla de la institución por lo que respecta a la categoría para el personal para el que se formula la propuesta de adscripción. De esta forma, ante lo que parecía un desordenado panorama en el tratamiento de esta figura, y persiguiendo la necesaria objetividad y ejemplaridad que se espera de lo público, se impone a la Administración sanitaria la obligación de motivar su decisión, dejando constancia de las razones de hecho y de derecho en las que el acto administrativo descansa. Por tanto, se exige la determinación de los motivos por los que no se puede eludir la cobertura del puesto, poniendo de manifiesto qué situaciones o circunstancias asistenciales se dan y cuya atención no pueda quedar apartada o aplazada. Razones de marcado carácter perentorio por cuanto que la instrucción mantiene un límite temporal a su duración (seis meses con posibilidad de renovación), y la obligación de convocar la plaza ocupada en la primera convocatoria que se produzca.

Años después, el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de trabajo y Promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, en su ámbito de aplicación establece que el personal docente, investigador, sanitario y de los servicios postales y de telecomunicación se ha de regir por este Reglamento en lo no previsto por la normas específicas que les sean de aplicación²⁰. Destina su artículo 64 a la regulación de las comisiones

de servicios, diferenciando entre las de carácter voluntario en aquellos casos en que “*un puesto de trabajo quede vacante*”, concurriendo una situación de “*urgente e inaplazable necesidad*”; y las de carácter forzoso cuando una plaza vacante queda desierta tras un procedimiento de concurso para su provisión definitiva, debiendo además ser “*urgente para el servicio su provisión*”. Se mantiene, por tanto, el carácter extraordinario frente a procedimientos ordinarios, derivado de la concurrencia de factores que permitan calificar de urgente y necesaria su cobertura. Tanto la comisión de servicios voluntaria como la forzosa tienen establecida una duración máxima de un año, prorrogable por otro en caso de no haberse cubierto el puesto con carácter definitivo (apartado 3), limitación consustancial a su naturaleza jurídica y su carácter provisional.

Tales exigencias se relajan en las Instrucciones del INSALUD de 21 de marzo de 2000, dictadas para paliar una situación derivada de la impugnación judicial de concurso oposición de facultativos especialistas de área, ofreciendo mediante la comisión de servicios una alternativa a los profesionales cuyas expectativas de movilidad voluntaria quedan demoradas en tanto es resuelta la controversia planteada ante los órganos judiciales. Se soslayan así las normas de rango reglamentario, pues desaparecen los requisitos de necesidad y urgencia para la cobertura de los puestos mediante esta figura.

No será ésta la única ocasión en la que la Administración acuda a la vía de las comisiones de servicio para dotar puestos de trabajo habida cuenta de la falta de periodicidad en las convocatorias de procedimientos para su cobertura definitiva, de manera que aquélla se convierte en un procedimiento paralelo a los ordinarios, y la limitada duración propia de su naturaleza, se desvirtúa cuando los puestos provistos mediante la misma, se mantienen en el tiempo; terreno abonado para decisiones fundadas en motivos clientelistas, en favoritismos, o simplemente adoptadas al margen de cauces en los que pueda apreciarse la presencia de principios como los de igualdad, mérito y capacidad.

IV. LA COMISIÓN DE SERVICIOS EN LA LEY 55/2003, DEL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

La entrada en vigor de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario

20 Artículo 1.2 a).

de los Servicios de Salud (en adelante EM), vino a establecer la tan esperada regulación específica del personal estatutario. No obstante, la falta de concreción de algunas de las materias, entre ellas la comisión de servicios que recoge en su artículo 39, obliga a acudir a la supletoriedad prevista en su artículo 2²¹.

En efecto, esta falta de concreción y la ausencia de desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas de normativa funcionarial o estatutaria, mantuvo la aplicación del Real Decreto 364/1995. Sirve de ejemplo la sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla-La Mancha de 26 de mayo de 2009, en la que se señala lo siguiente: “*es cierto el alegato de la Junta de Comunidades de que la normativa del RD 364/1995 no es básica sino que se aplica supletoriamente en defecto de la regulación autonómica, según el artículo 1.3 de la mencionada disposición, lo cual faculta a las Comunidades Autónomas para efectuar su propia regulación de las comisiones de servicio, pero ello no quiere decir que se deba prescindir de ella cuando la regulación autonómica no se aparta significativamente de la normativa estatal sino que acepta la figura de las comisiones de servicio acuñada a través de textos de acendrada raigambre, como sistema de provisión de carácter excepcional, regulando aspectos fragmentarios de las mismas, como en este caso su duración, pero sin cuestionar los rasgos esenciales de la institución en los que se asiente como son: -Que un puesto de trabajo quede vacante; que exista una patente necesidad para su provisión; que se trate de una necesidad transitoria y no indefinida en el tiempo a la espera de su cobertura por los procedimientos normales de provisión,...*”.

Actualmente la comisión de servicios en el conjunto de servicios del Sistema Nacional de Salud ha sido regulada de manera dispar. En unos casos a través de la regulación autonómica específica del personal estatutario²², en otros mediante la aplicación supletoria de la normativa de función pública autonómica²³, o manteniendo la referencia básica del Estatuto Marco y, ante la falta su tratamiento en la

normativa autonómica funcionarial, acudiendo a la supletoriedad del RD 364/1995, o dictando acuerdos específicos²⁴.

El artículo 39 del EM establece:

1.- Por necesidades del servicio, y cuando una plaza o puesto de trabajo se encuentre vacante o temporalmente desatendido, podrá ser cubierto en comisión de servicios, con carácter temporal, por personal estatutario de la correspondiente categoría y especialidad.

En este supuesto, el interesado percibirá las retribuciones correspondientes a la plaza o puesto efectivamente desempeñado, salvo que sean inferiores a las que correspondan por la plaza de origen, en cuyo caso se percibirán éstas.

2. El personal estatutario podrá ser destinado en comisión de servicios, con carácter temporal, al desempeño de funciones especiales no adscritas a una determinada plaza o puesto de trabajo.

En este supuesto, el interesado percibirá las retribuciones de su plaza o puesto de origen.

3.- Quien se encuentre en comisión de servicios tendrá derecho a la reserva de su plaza o puesto de trabajo de origen.

Este artículo se encuentra incluido en el capítulo VII de la Ley, relativo a la movilidad de personal, junto a la movilidad forzosa que excede el ámbito del nombramiento por razones de servicio del artículo 36²⁵ y la movilidad voluntaria del artículo 37,²⁶

24 Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, acuerdo de 9 de mayo de 2011, por el que se aprueban los criterios para la provisión de puestos mediante la comisión de servicios, promoción interna temporal y adecuación/movilidad de puestos (BOPV 06/06/2011); Resolución 9/2002, de 5 de marzo, de la Dirección General de Personal y Servicios, de Instrucciones de comisión de servicios en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud.

25 Artículo 36. *Movilidad por razón del servicio. El personal estatutario, previa resolución motivada y con las garantías que en cada caso se dispongan, podrá ser destinado a centros o unidades ubicadas fuera del ámbito previsto en su nombramiento de conformidad con lo que establezcan las normas o los planes de ordenación de recursos humanos de su servicio de salud, negociadas en las mesas correspondientes.*

26 Artículo 37. *Movilidad voluntaria. 1. Con el fin de garantizar la movilidad en términos de igualdad efectiva del personal estatutario en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, el Ministerio de Sanidad y Consumo, con el informe de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, procederá, con carácter previo, a la homologación de las distintas clases o categorías funcionales de personal estatutario, en cuanto resulte necesario para articular dicha movilidad*

21 2. *En lo no previsto en esta ley, en las normas a que se refiere el artículo siguiente, o en los pactos o acuerdos regulados en el capítulo XIV, serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente.*

22 Como, por ejemplo, la Ley de Cantabria 9/2010, de 23 de diciembre, del personal estatutario de Instituciones Sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria (artículo 43), la Ley 2/2007, de 7 de marzo del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León (artículo 46).

23 Caso como el de Castilla-La Mancha, Ley 4/2011 de Empleo Público de Castilla-La Mancha (artículo 74)

amparada ésta en el principio de libre circulación del personal estatutario en el conjunto del Sistema Nacional de Salud. La comisión de servicios, en cualquiera de los dos supuestos recogidos en el artículo, implica fundamentalmente la movilidad funcional del personal estatutario²⁷ ya que, bajo esta figura, el profesional pasa a realizar las tareas o funciones de otra plaza o puesto, o asume la realización de *funciones especiales*.

Se trata de una figura optativa, como se desprende de los términos “*podrá ser cubierto*” o “*podrá ser destinado*”, a la que la Administración tiene la posibilidad de acudir cuando se den las condiciones previstas por la norma.

Nada se dice respecto a su carácter voluntario o forzoso, ambos posibles, pues es una manifestación de la potestad de autoorganización. Por tanto, en un principio es posible considerar que el trabajador puede ser conminado a llevar a cabo la comisión de servicios²⁸.

entre los diferentes servicios de salud. 2. Los procedimientos de movilidad voluntaria, que se efectuarán con carácter periódico, preferentemente cada dos años, en cada servicio de salud, estarán abiertos a la participación del personal estatutario fijo de la misma categoría y especialidad, así como, en su caso, de la misma modalidad, del resto de los servicios de salud, que participarán en tales procedimientos con las mismas condiciones y requisitos que el personal estatutario del servicio de salud que realice la convocatoria. Se resolverán mediante el sistema de concurso, previa convocatoria pública y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad. 3. Cuando de un procedimiento de movilidad se derive cambio en el servicio de salud de destino, el plazo de toma de posesión será de un mes a contar desde el día del cese en el destino anterior, que deberá tener lugar en los tres días siguientes a la notificación o publicación del nuevo destino adjudicado. 4. Los destinos obtenidos mediante sistemas de movilidad voluntaria son irrenunciables, salvo que dicha renuncia esté motivada por la obtención de plaza en virtud de la resolución de un procedimiento de movilidad voluntaria convocado por otra Administración pública. 5. Se entenderá que solicita la excedencia voluntaria por interés particular como personal estatutario, y será declarado en dicha situación por el servicio de salud en que prestaba servicios, quien no se incorpore al destino obtenido en un procedimiento de movilidad voluntaria dentro de los plazos establecidos o de las prórrogas de los mismos que legal o reglamentariamente procedan. No obstante, si existen causas suficientemente justificadas, así apreciadas, previa audiencia del interesado, por el servicio de salud que efectuó la convocatoria, podrá dejarse sin efecto dicha situación. En tal caso, el interesado deberá incorporarse a su nuevo destino tan pronto desaparezcan las causas que en su momento lo impidieron.

27 AGUILERA IZQUIERDO, R y CRISTÓBAL RONCERO, R. En PALOMAR OLMEDA, A, SEMPERE NAVARRO, A Coord. “Comentarios a la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud”. Thompson-Aranzadi 2006, pp 338.

28 El carácter obligatorio, como se ha señalado en páginas anteriores, ya se venía recogiendo en la normativa anterior al EM, entre ellas el RD 364/1995, si bien concretando los

Tampoco se dice nada en cuanto al ámbito en el que puede llevarse a efecto: dentro del mismo o en diferente servicio de salud, de manera que esta última posibilidad se admite, y de hecho se aplica entre los diferentes servicios de salud, con especial incidencia en categorías de personal facultativo. Ahora bien, el carácter forzoso de la comisión de servicios más allá del ámbito del nombramiento aparece como una alternativa que en la práctica se presenta compleja, no sólo por la repercusión en las condiciones de trabajo de la persona afectada, sino por la estrecha línea que la separaría de otros supuestos ya previstos en la norma.

En efecto, ya el artículo 32 del EM establece en su apartado tres que “*en el nombramiento se indicará expresamente el ámbito al que corresponde, conforme a lo previsto en la convocatoria y en las disposiciones aplicables en cada servicio de salud*”, de suerte que la designación forzosa de personal para desempeñar diferente puesto más allá del ámbito del nombramiento a través de la comisión de servicios, basándose únicamente en el tenor literal del artículo 39, puede entrar en colisión con lo dispuesto en el artículo 36 sobre la movilidad por razón del servicio, ya sea definitiva o temporal, pues nada se dice al respecto en este último precepto, que sí establece que las adscripciones fuera del ámbito de nombramiento se harán conforme a las normas o los planes de ordenación de recursos humanos de su servicio de salud, negociados en las mesas correspondientes²⁹.

Por su parte, el punto 2 del artículo 81 del TRLE-BEP sigue esta línea más garantista cuando señala que “*las Administraciones Públicas, de manera motivada, podrán trasladar a sus funcionarios, por necesidades de servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo, modificando, en su caso, la adscripción de los puestos de trabajo de los que sean titulares. Cuando por motivos excepcionales los planes de ordenación de recursos impliquen cambio de lugar de residencia se dará prioridad a la voluntariedad de los traslados. Los funcionarios tendrán derecho a las indemnizaciones establecidas reglamentariamente para los traslados forzosos*”.

supuestos que admiten ese carácter obligatorio y estableciendo concretas limitaciones temporales.

29 En sentencia de 09/02/2010 el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (JUR 2011\58576), señala que cualquier modificación del lugar de trabajo que exceda del ámbito natural del nombramiento habrá que canalizarse a través de las previsiones recogidas en el artículo 36 EM

Así pues, la designación temporal forzosa tendría un más fácil encaje en los preceptos citados y dentro de las garantías previstas, toda vez que afecta a condiciones esenciales del personal estatutario que pudiera verse afectado por tal medida. Igualmente, y desde la perspectiva de la gestión de los recursos humanos, la imposición en tales circunstancias puede constituir un elemento de conflicto laboral.

Atributo esencial de la comisión de servicios es su provisionalidad, quedando vetado que la asignación del profesional a un puesto adquiera un carácter permanente o indefinido en el tiempo, posibilidad ésta que habrá de seguir los cauces ordinarios previstos en el Estatuto Marco, fundamentalmente la movilidad voluntaria del artículo 37 o, en su caso, mediante la cobertura también definitiva a través de las convocatorias públicas para la dotación de las plazas vacantes que, con la debida periodicidad, habría de llevar a cabo la Administración Sanitaria.

Una vez apuntados algunos de los elementos comunes de la comisión de servicios del artículo 39, es conveniente analizar de forma separada los dos supuestos previstos: por un lado, la cobertura de plazas o puestos temporalmente desatendidos del primer apartado, y por otro, el desempeño de funciones especiales no adscritas a una determinada plaza o puesto de trabajo del segundo apartado.

a) El apartado 1 del artículo 39: cobertura de necesidades del servicio cuando una plaza o puesto de trabajo se encuentren vacante o temporalmente desatendido.

Se configura con la concurrencia de una serie de factores:

- El hecho determinante es la existencia de *necesidades del servicio*³⁰, lo que implica una previa determinación de esta realidad por parte de la Administración para motivar su decisión. Esta materia será abordada con mayor detalle en siguientes apartados.
- Hace referencia tanto a la cobertura de una *plaza*, como a la de un *puesto de trabajo*. En el primer caso, se alude a la *plaza* en su condición de instrumento de ordenación de la organización del personal recogido en las plantillas orgánicas,

30 Mantiene una diferencia respecto al régimen funcional general, pues el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, exige que esa necesidad sea urgente e inaplazable (artículo 81.3)

que no determina las características esenciales del puesto ni los requisitos para su ocupación, siendo su finalidad predominantemente presupuestaria (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2001³¹), constituyendo la expresión cifrada de las plazas de carácter estructural de las que están dotados los centros. De ahí que, a nuestro entender, se haga referencia a que la misma deba de encontrarse *vacante*. La Administración puede optar por cubrirla de forma temporal acudiendo al nombramiento de interinidad del artículo 9.2³², o bien mediante la comisión de servicios, en tanto no se lleve a cabo su cobertura por los procedimientos establecidos para su ocupación por personal con nombramiento fijo.

Por otra parte, al hablar de *puesto de trabajo* se alude a la necesidad de atender al conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que configuran el puesto mientras su ocupante, por determinados motivos, se encuentra ausente de manera temporal, lo que da cabida a la comisión de servicios en supuestos de ausencias con derecho a reserva de puesto como excedencias por cuidado de hijo o familiar, liberaciones sindicales, incapacidades temporales que, normalmente, se prevean largas, etc.

- Se requiere que la persona comisionada sea personal estatutario, lo que dejaría fuera a personas con diferente régimen jurídico.

Pero ¿cabe plantearse que el personal estatutario sea destinado a plazas que no tengan tal carácter? Actualmente todavía coexisten diferentes regímenes jurídicos del personal que presta servicios en el Sistema Nacional de Salud. En el ámbito asistencial de atención primaria perviven plazas del denominado personal Técnico Sanitario Local³³ al cual se incluye dentro del conjunto de profesionales sanitarios de los Equipos de Atención Primaria (Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, de Estructuras Básicas de Salud, artículo 3.3.b), si bien tal integración no se produce de forma obligatoria, sino a través de ofertas para la integración de

31 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª. Recurso casación núm. 7185/1997. JUR 2001\9752

32 *El nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones.*

33 Cuerpo de Funcionarios Técnicos de la Administración Central al servicio de la Administración local, cuyo personal a partir del año 1982 es transferido a las Comunidades Autónomas.

carácter voluntario (Disposición Transitoria Cuarta), de suerte que, en caso contrario, el personal mantiene su estatus funcionarial.

Así las cosas, estas plazas de carácter funcionarial y no estatutario mantienen su régimen específico, en el que se enmarcan las normas relativas a sus concursos. Sin embargo, cuando estas plazas están temporalmente desatendidas, o cuando se encuentran vacantes, pendiente de la resolución del concurso para su cobertura definitiva, el servicio de salud correspondiente, al cual corresponde la gestión de las necesidades asistenciales y organizativas, acude al personal estatutario con nombramiento temporal. Esta misma realidad serviría para que mediante la comisión de servicios del personal estatutario se pudiera dar respuesta a estas necesidades temporales, siempre que se dieran las condiciones de ostentar plaza de la correspondiente categoría o especialidad.

- El personal estatutario que atienda la comisión de servicios habrá de ser *de la correspondiente categoría y especialidad*. En páginas anteriores se dijo que la comisión de servicios implica movilidad funcional - y, en su caso, geográfica -, para ocupar una plaza o puesto de trabajo, en ambos casos, conforme a una categoría o especialidad que habrá de reunir la persona comisionada.

Este requisito ha de ser puesto en relación con otros preceptos del Estatuto Marco como el artículo 14, cuyo apartado segundo señala que *“la integración del personal estatutario en las distintas instituciones o centros se realizará mediante su incorporación a una plaza, puesto trabajo o función. En el ámbito de cada servicio de salud, atendiendo a las características de su organización sanitaria y previa negociación en las mesas correspondientes, se establecerán los sistemas de agrupamiento de dichos puestos o plazas”*; así como los artículos 5, 6 y 7, en los que se clasifica al personal estatutario en virtud de la función desarrollada (atendiendo a si en el trabajo correspondiente se ejercitan los conocimientos propios de una profesión o especialidad sanitaria, o si se realizan funciones de gestión o de profesiones u oficios que no tengan carácter sanitario) y el nivel del título exigido para el ingreso³⁴.

34 Artículo 5. *El personal estatutario de los servicios de salud se clasifica atendiendo a la función desarrollada, al nivel del título exigido para el ingreso y al tipo de su nombramiento.*

Artículo 6. 1. *Es personal estatutario sanitario el que ostenta esta condición en virtud de nombramiento expedido*

El Estatuto Marco opta por clasificar la función pública sanitaria en puestos de trabajo, que serán determinados en cada servicio de salud, pudiéndose establecer sistemas de agrupamiento de los mismos. Al definir el contenido de los puestos de trabajo en un conjunto de tareas o funciones, se conectan éstos con el personal que puede desempeñarlos, que estará clasificado en categorías o grupos profesionales entendidos éstos como el conjunto sistemático de funciones o tareas, así como las aptitudes necesarias para desarrollarlas³⁵.

La posibilidad de cubrir las necesidades del servicio con personal de inferior categoría queda excluida, pues formaría parte de los sistemas de promoción interna temporal, diferente figura prevista en el artículo 35 del EM³⁶.

para el ejercicio de una profesión o especialidad sanitaria.

2. *Atendiendo al nivel académico del título exigido para el ingreso, el personal estatutario sanitario se clasifica de la siguiente forma:*

A) *Personal de formación universitaria: quienes ostentan la condición de personal estatutario en virtud de nombramiento expedido para el ejercicio de una profesión sanitaria que exija una concreta titulación de carácter universitario, o un título de tal carácter acompañado de un título de especialista. Este personal se divide en: Licenciados con título de especialista en Ciencias de la Salud, Licenciados sanitarios, Diplomados con título de Especialista en Ciencias de la Salud, Diplomados sanitarios.*

B) *Personal de formación profesional: quienes ostenten la condición de personal estatutario en virtud de nombramiento expedido para el ejercicio de profesiones o actividades profesionales sanitarias, cuando se exija una concreta titulación de formación profesional. Este personal se divide en: Técnicos superiores o Técnicos.*

Artículo 7. 1. *Es personal estatutario de gestión y servicios quien ostenta tal condición en virtud de nombramiento expedido para el desempeño de funciones de gestión o para el desarrollo de profesiones u oficios que no tengan carácter sanitario.*

2. *La clasificación del personal estatutario de gestión y servicios se efectúa, en función del título exigido para el ingreso, de la siguiente forma:*

A) *Personal de formación universitaria. Atendiendo al nivel del título requerido, este personal se divide en: Licenciados universitarios o personal con título equivalente o Diplomados universitarios o personal con título equivalente.*

B) *Personal de formación profesional. Atendiendo al nivel del título requerido, este personal se divide en: Técnicos superiores o personal con título equivalente o Técnicos o personal con título equivalente.*

35 DE MIGUEL PAJUELO, F. En PALOMAR OLMEIDA, A, SEMPERE NAVARRO, A Coord. “Comentarios a la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud”. Thompson-Aranzadi 2006, pp 159.

36 Artículo 35.1. *Por necesidades del servicio y en los supuestos y bajo los requisitos que al efecto se establezcan en cada servicio de salud, se podrá ofrecer al personal estatutario fijo el desempeño temporal, y con carácter voluntario, de funciones correspondientes a nombramientos de una categoría del mismo nivel de titulación o de nivel superior, siempre que ostente la titulación correspondiente. Estos procedimientos serán*

- El interesado percibirá las retribuciones correspondientes a la plaza o puesto efectivamente desempeñado, salvo que sean inferiores a las que correspondan por la plaza de origen, en cuyo caso se percibirán éstas.

La redacción final “salvo que sean inferiores a las que correspondan por la plaza de origen, en cuyo caso percibirán éstas”, parece plasmar la posibilidad de que el personal estatutario pueda desempeñar en comisión de servicios un puesto de trabajo de la misma categoría con diferentes niveles retributivos asignados. A modo de ejemplo: al puesto de celador en quirófano le corresponde un complemento de destino de nivel 15 y al puesto de celador de planta le corresponde un nivel 14. Imaginemos el supuesto de una persona que en comisión de servicios deja su puesto de origen (quirófano), para desempeñar el puesto de celador de planta.

Igualmente, el tenor literal del artículo, permite pensar que en el caso descrito cabría la posibilidad de percibir el complemento de destino del puesto de origen pues el nuevo puesto desempeñado sería de la misma categoría, si bien de distinto nivel. Este planteamiento establecería una similitud con el personal funcionario que ostenta el derecho a consolidar grados por su permanencia durante cierto tiempo en un puesto, de manera que tiene derecho a percibir al menos el complemento de destino correspondiente a su grado personal, cualquiera que sea el puesto de trabajo que desempeñe.

No obstante, tal posibilidad resulta vetada al personal estatutario en el modelo retributivo establecido por el Real Decreto-ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud³⁷, ya que la posibilidad de consolidación de niveles o grado personal por el personal estatutario ha sido resuelta en sentido negativo por la jurisprudencia, al no venir así recogido en su normativa específica de aplicación y no ser posible acudir a la aplicación supletoria de la normativa de los funcionarios públicos, al no tratarse de una cuestión de vacío normativo susceptible de ser llenada con otras normas³⁸.

objeto de negociación en las mesas correspondientes.

37 B.O.E. núm.219, de 12 de septiembre de 1987.

38 Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1992. RJ 1996/1869.

Sobre esta materia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 29 de abril de 2005 señala que “*el Real Decreto-Ley 3/1987 antes citado puede dar lugar a una confusión interpretativa, ya que, tras señalar que las remuneraciones del Personal no Sanitario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (entre otros) se regularán por él, establece que el complemento de destino será, para dicho personal, «el correspondiente al nivel del puesto que se desempeñe». Parece, en efecto, que se está mencionando el nivel en el sentido que pretende la demandante, pero no es así, puesto que se trata del nivel de complemento del puesto desempeñado, no de otro previo, sin equivalencia ni posibilidad de aplicación de un grado superior consolidado, que este Decreto Ley no menciona y que es ajeno al sistema remunerativo (único aplicable para este personal) establecido en el mismo*”³⁹. Conforme a lo expuesto, siguiendo el ejemplo antes indicado, la persona percibiría las retribuciones conforme al nivel del puesto efectivamente desempeñado.

b) El apartado 2 del artículo 39: desempeño de funciones especiales no adscritas a una determinada plaza o puesto de trabajo.

El supuesto que contiene este apartado segundo -que participa en esencia de la regulación de la comisión de servicio que se contiene en el art. 66 del RD 364/1995, del Reglamento General de Ingreso, Provisión y Promoción de los Funcionarios Civiles al servicio del Estado⁴⁰, y que, si bien con alguna diferencia, conserva su utilidad con fines interpretativos-, merece especial consideración, pues su aplicación plantea una serie de condicionamientos prácticos.

39 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª. RJCA 2006\509. En el mismo sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1996, RJ 1996\4473, o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), Sala de lo Social, de 4 de septiembre de 1998, AS 1998\6796.

40 Artículo 66. Atribución temporal de funciones. 1. En casos excepcionales, los Subsecretarios de los Departamentos ministeriales podrán atribuir a los funcionarios el desempeño temporal en comisión de servicios de funciones especiales que no estén asignadas específicamente a los puestos incluidos en las relaciones de puestos de trabajo, o para la realización de tareas que, por causa de su mayor volumen temporal u otras razones coyunturales, no puedan ser atendidas con suficiencia por los funcionarios que desempeñen con carácter permanente los puestos de trabajo que tengan asignadas dichas tareas. 2. En tal supuesto continuarán percibiendo las retribuciones correspondientes a su puesto de trabajo, sin perjuicio de la percepción de las indemnizaciones por razón del servicio a que tengan derecho, en su caso.

- La pregunta que aparece casi inmediatamente es la relativa a cuáles serían esas *funciones especiales no adscritas a los puestos existentes*. En principio, podría considerarse que gozan de esa calificación aquéllas que, por su singularidad o por sus características, se diferencian de las ordinarias o comunes asociadas a una plaza o puesto.

Ante la falta de concreción de las funciones o tareas de las distintas plazas en las plantillas orgánicas, la determinación del carácter especial corresponde a la Administración que se plantea acudir a esta vía, aún más excepcional que el supuesto del artículo 39.1, tal y como dice el TSJ de Castilla-La Mancha en sentencia de 14 de diciembre de 1998⁴¹ que, haciendo alusión al artículo 66 del RD 364/1995, señala que *“el carácter excepcional está, si cabe, todavía más acentuado, pues de excepcional ha de calificarse el que una Administración haya de enfrentarse a tareas que no se encuentren entre las propias de alguno de los puestos existentes”*.

Pensemos en un proyecto que implica nuevas funciones, distintas a las que de manera ordinaria o esporádica son asumidas por el personal de la institución pero que, no obstante, se precisan por la Administración, como sería el caso de un órgano que desea llevar a cabo un proyecto global de certificación de calidad y adscribe a un profesional en labores de coordinación de las actividades concernientes a su implementación, situación que tendría fin en el momento en que se contase con la correspondiente certificación y se hubieran implementado los procedimientos en los diferentes departamentos implicados.

Pudiera también darse el supuesto de un organismo que, ante la necesidad de dotarse de técnicos de prevención de riesgos laborales para cumplir con las previsiones que sobre esta materia le impone el ordenamiento jurídico, no estando prevista esta categoría en la plantilla orgánica, abre la posibilidad a que profesionales con la debida formación pasen a asumir estas funciones.

En todo caso, cuando estas situaciones tienen vocación de permanencia, como sería el caso citado en el párrafo anterior, obliga a que la Administración adopte las medidas oportunas para dar solución a esta problemática, evitando que la temporalidad se convierta en indefinida, pues si

no fuera así, la situación podría entrar en la previsión del artículo 6.4 del Código Civil⁴², *“pues se utiliza una figura prevista en el ordenamiento jurídico para conseguir el destino permanente de un funcionario a un puesto inexistente y sin seguir los sistemas ordinarios de provisión de puestos, evitando, además, la creación de una plaza que resulta necesaria* (sentencia TSJ Castilla-La Mancha de 14 de diciembre de 1998⁴³).

Una vez establecida la especialidad de las funciones, es necesario que se acompañe de su calificación como “temporales”. No fija el precepto el límite mínimo o máximo que se pueda estar desempeñando estas funciones, pero entendemos que la justificación de esta situación especial por parte de la Administración debería acompañarse de un aproximación o estimación de su extensión en el tiempo.

En sentido contrario, obviamente no cabe incluir dentro del supuesto del artículo 39.2 aquellas situaciones en las que funciones o tareas propias de los puestos existentes que, ante una mayor actividad o volumen de trabajo de carácter coyuntural, no pueden ser asumidas por los efectivos existentes, motivo que sí está recogido en el artículo 66 del RD 364/1995, pero que el EM excluye en el artículo 39.2 y que trata de forma expresa en su artículo 9 como causa que ampara la formalización de nombramientos temporales de carácter eventual.

- A diferencia del apartado 1, en este supuesto el precepto guarda silencio sobre la exigencia de que el personal estatutario pertenezca a la misma categoría o especialidad. Esta falta de previsión permite colegir que, teniendo el nivel de titulación precisada para el desempeño de esas funciones, podría ser de cualquier categoría profesional, aunque su plaza de origen fuera de inferior categoría.

En principio, esta posibilidad se aceptaría, pues esta figura consiste en la asignación temporal de funciones especiales que no conlleva la atribución formal del desempeño de un puesto de

⁴¹ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª. ROJ STSJ CLM 2467/1998.

⁴² *Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir.*

⁴³ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª. ROJ STSJ CLM 2467/1998.

trabajo dada la inexistencia de vacante, por lo que el personal percibe sus retribuciones por el puesto de origen y los servicios deben ser considerados prestados en éste, sin perjuicio de la percepción de las indemnizaciones por razón del servicio a que tenga derecho⁴⁴ (sentencia de 28 de enero de 2011, Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León).

Sin embargo, la concreción de esta posibilidad a efectos prácticos puede generar desigualdades.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de diciembre de 2001, ante un supuesto de atribución de funciones dictado al amparo del artículo 66.1 del RD 364/1995, señala que la misma habrá de ser atendida por personal de la misma categoría que el puesto requerido: *“Es a partir de la interpretación anterior como cobra sentido y se explica la prescripción del apartado 2 de ese mismo art 66 de que se viene hablando, consistente en que, en ese supuesto de comisión de servicios, los funcionarios «continuarán percibiendo las retribuciones correspondientes a su puesto de trabajo, sin perjuicio de la percepción de las indemnizaciones por razón del servicio a que tengan derecho, en su caso»; ya que, de entenderse lo contrario, se produciría un resultado de difícil justificación desde el prisma del principio constitucional de igualdad y también desde elementales parámetros de racionalidad.*

Lo primero porque quedarían amparadas situaciones de diferencias retributivas a pesar de que el desempeño funcional tuviera como objeto la misma actividad. Y lo segundo porque tiene difícil explicación que, por un lado, se reconozca capacidad o aptitud para un determinado puesto, y, por otro se nieguen los derechos económicos correspondientes a ese mismo puesto.”

De igual modo, en apoyo de este argumento, cabe citar el art. 73 TREBEP, *“Las Administraciones Públicas podrán asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen sin merma en las retribuciones”*

Todo lo expuesto permite concluir que la Administración habrá de llevar a cabo la precisión de las funciones especiales, analizando qué tareas conllevan para, mediante una descripción de las mismas, valorar los requisitos y méritos requeridos para su desempeño. Resulta difícil pensar que la organización que pueda adoptar la decisión de atender funciones calificadas de especiales no lo haga previa formulación de su contenido y especificación de los requerimientos de titulación o aptitudes para su desempeño. En nuestra opinión, esta especificación formaría parte del contenido de la necesaria motivación de la decisión que afectaría no sólo a la existencia de la necesidad asistencial u organizativa de carácter especial, sino a los requisitos para su desempeño.

- Tampoco cabe acudir a esta vía (ni a la prevista en el artículo 39.1) para cubrir nombramientos de directivos o de confianza, pues para ello se prevé el sistema de provisión mediante libre designación, así como la declaración del profesional en la situación administrativa que pudiera corresponderle en virtud de la entidad en la que fuera a desempeñar ese puesto de confianza. Sin embargo, a pesar de lo dicho, ya se decía en páginas anteriores que la comisión de servicios puede ser utilizada para dar respuesta a fines clientelistas. Tal sería el caso del profesional estatutario que, ante el desempeño de un puesto de libre designación que no conllevara la reserva de puesto, quisiera tener esta garantía y la misma le quisiera ser otorgada por quien decidiera sobre la comisión por motivos ajenos al interés público. En tal caso, el privilegio otorgado a quien se beneficia de la comisión de servicios no sólo no tendría amparo legal conforme al tenor literal del artículo 39 y su finalidad, sino que afectaría a terceras personas interesadas en optar a la plaza que, sin dicha reserva, pudiera quedar vacante.

Sobre una situación similar a la descrita, si bien en el ámbito de la Administración Local, se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 14 de febrero de 2000⁴⁵. En este caso, un puesto de trabajo que es calificado de eventual por ser de especial confianza, previsto en la normativa propia de la referida Administración, es provisto mediante atribución de funciones del artículo 66 del RD 364/1995. El Tribunal señala que *“la comisión de*

⁴⁴ Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia número 16/2001. ROJ STSJ CL 112/2011.

⁴⁵ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, sentencia 7/2000. ROJ STSJ CLM 535/2000.

servicios para funcionarios es figura que juega entre dos puestos propios de cobertura por funcionarios. Si el puesto es de cobertura libre, como es el caso de los eventuales, el funcionario que en su caso accede al mismo no lo hace en su condición de funcionario, sino simplemente como persona (sea funcionario o no) seleccionada para el mismo, libremente, por la autoridad que realiza el nombramiento de confianza. Por ello el puesto de origen del funcionario designado (caso de que en efecto sea funcionario) queda sujeto a un régimen peculiar, que desde luego no implica reserva del mismo puesto de trabajo que se ocupará”.

V. CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD: LA MOTIVACIÓN DE LA COMISIÓN DE SERVICIOS

La posibilidad de acudir a la comisión de servicios no constituye un poder omnímodo concedido a la Administración para que el responsable de la institución o del órgano administrativo, imponga su decisión al margen de la debida justificación amparada en la consecución del servicio público encomendado. Precisamente cabe afirmar lo contrario, de manera que la actuación administrativa que se decanta por esta figura excepcional de provisión de puestos, prescindiendo de los procedimientos ordinarios, no hace sino intensificar el deber de la Administración de dar razones de su decisión y de justificar que la misma responde al interés general que ha de perseguir, tal y como prescribe el artículo 103 de nuestra Constitución, al señalar que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales.

Ya se ha apuntado la utilización por parte de la Administración del socorrido argumento de la primacía de la mayor eficacia en la gestión de la actividad pública para proveer con inmediatez los puestos de trabajo o plazas vacantes sin que se pueda esperar a la cobertura por los sistemas ordinarios previstos, pero el principio de eficacia, también contenido en el artículo 103, no puede menoscabar la consecución del interés general, fundamento y razón de ser de la actuación administrativa, que habrá de ser considerado a la hora de formular el juicio y la voluntad de la Administración junto con el resto de principios constitucionales como los de objetividad, igualdad, mérito, capacidad y sometimiento al conjunto del ordenamiento jurídico.

Para valorar el correcto actuar de la Administración en el ejercicio de la potestad organizativa,

es preciso que aquélla lleve a cabo una descripción suficientemente explícita en el procedimiento administrativo de las razones que le han conducido a la elección de la comisión de servicios para la provisión del puesto de trabajo, pues sólo así podrá cualquier interesado conocer los motivos y ejercer, en su caso, la posible defensa de sus derechos. Esta exigencia es esencial porque todo actuar administrativo ha de ser razonado, estando mínimamente motivado. Como afirma Rodríguez-Arana, no está de más que se incorpore en todos los actos administrativos alguna referencia racional que permita colegir con facilidad los argumentos lógicos de los que trae causa la decisión administrativa, manifestación de la exigencia de la objetividad que se impone a la Administración⁴⁶.

Aun así, es práctica extendida el uso de expresiones genéricas para cumplir con el *engorroso formalismo* que supone la motivación del concreto acto, lo que no es más que una farsa que elude el deber de motivación que prescribe el ordenamiento jurídico en casos como el ejercicio de la potestad discrecional⁴⁷, alejada de lo que es exigible a una Administración transparente, que además arroja dudas sobre la corrección y ética de la actuación de la persona que adopta la decisión.

a) Justificación de necesidades de servicio

En el ordenamiento jurídico administrativo abundan las proposiciones normativas en las que los supuestos de hecho o realidad a la que hace referencia aparecen formulados con elementos imprecisos. Expresiones como *interés público* – y sus múltiples variantes -, *urgencia*, *idoneidad*, *competencia profesional*, *necesidades del servicio*,... son moneda corriente⁴⁸. Este es el caso del artículo 39 de la Ley 55/2003, que comienza exigiendo la concurrencia de *necesidades del servicio*, concepto jurídico indeterminado

46 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J; SENDÍN, M.A. “Derecho administrativo español”. Vol. II. Netbiblo. La Coruña 2009, pp 26-27

47 Así lo dispone el artículo 35.1, apartado i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuando dispone que serán motivados, con sucinta referencia de supuestos de hecho y de derecho, los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

48 RODRÍGUEZ-ARANA. MUÑOZ, J. Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo. Derecho PUCP [online] Núm. 67, 2011 pp 210, Disponible en la URL: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2991/3516> [Con acceso 15.3.2016]

que requiere de un juicio de constatación o comprobación. Se impone a la Administración sanitaria, como primer presupuesto, valorar la existencia de circunstancias que afecten al desarrollo de la actividad y que hagan preciso atender a la cobertura de la plaza o puesto temporalmente desatendido.

A nuestro juicio, es criticable el escaso interés del legislador a la hora de establecer mayor rigor en las condiciones o circunstancias que posibilitarían acudir a la vía de provisión excepcional que es la comisión de servicios. La mera acreditación de necesidades del servicio no presenta ninguna cualidad que la diferencie de otros supuestos de provisión de puestos de trabajo pues, ¿acaso no habrá de estar presente esa necesidad en los casos de cobertura de plazas mediante los procedimientos ordinarios previstos en el Estatuto Marco? Sin duda hubiera sido deseable que el artículo 39 respondiera al cumplimiento de circunstancias especiales o excepcionales, cualificación que facilitaría, por un lado, la identificación de los supuestos que por su excepcionalidad darían cabida a la comisión de servicios frente a los procedimientos ordinarios y, por otro, su posterior control en los procedimientos de impugnación de la decisión administrativa –tanto en vía administrativa como judicial-. Incluso, frente a la generalidad del término utilizado en la actual redacción del artículo 39, hubiera sido preferible transponer el requisito de “urgencia” que venía siendo recogido en la normativa funcionarial en el ámbito de la Administración General del Estado, y cuya eliminación no ha hecho sino amplificar las posibilidades de utilizar la comisión de servicios en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, sin que se entienda cuáles son las razones para diferenciar los requerimientos de la comisión de servicios para el personal estatutario del régimen general del conjunto de la relación funcionarial pues, por su propia naturaleza, la comisión de servicios es uniforme y debiera contar con un régimen que se extendiera al conjunto de toda la administración pública.

En definitiva, se trata de precisar si concurre o no la necesidad de servicio, “en cuya concreción actúa la Administración con un margen de apreciación que no la dispensa de la necesidad de aportar al expediente el material probatorio necesario para acreditar que la decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice su legalidad y oportunidad, así como la congruencia con los motivos y fines que la justifican” (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1991 y Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo de 12 de noviembre de 2008). La clarificación sobre la

conurrencia del hecho que da origen a la actuación de la Administración queda fuera de su ámbito de valoración, siendo una realidad que puede ser delimitada, de suerte que o se da o no se da, sin perjuicio de que tal precisión requiera de una operación intelectual como pudiera ser, por ejemplo, la apreciación de si esa situación organizativa podría ser resuelta con una redistribución de efectivos o por una minoración de las funciones atribuidas al puesto. O como se afirma en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 26 de mayo de 2009⁴⁹, “la revisión de la legalidad de la actuación administrativa pasa necesariamente por analizar si la urgencia e inaplazable necesidad –haciendo referencia en este caso a la previsión del Real Decreto 364/1995- concurre en cada caso, concepto jurídico indeterminado cuya determinación en modo alguno puede abandonarse sólo al juicio administrativo pues se estaría con ello propiciando un ejercicio arbitrario de la potestad, opaco al control judicial, cuando la norma ha querido condicionar la posibilidad de la comisión a un hecho cierto: la concurrencia de la situación de necesidad, que existe o que no existe, pero que no depende del criterio administrativo”.

Es la determinación de la concurrencia o no del supuesto de hecho, lo que habilita para acudir a la forma extraordinaria de provisión que es la comisión de servicios. “Es por ello igualmente innegable que la concurrencia de dicho presupuesto habilitante ha de resultar acreditada en el procedimiento administrativo y explicitada en la resolución de nombramiento, permitiendo en cualquier caso cuestionar la legalidad de la decisión mediante el análisis de la realidad del presupuesto fáctico en el que se asienta” (sentencia del TSJ de Madrid de 24 de abril de 2006⁵⁰).

Se trata, por otra parte, de una liviana carga para la Administración sanitaria (si consideramos que, por ejemplo, en el ámbito de la Administración General del Estado, se habla de “urgente e inaplazable necesidad”⁵¹) conforme a la cual habrán de ser descritos los hechos y circunstancias a los que, aplicada la norma, dan lugar a determinadas consecuencias jurídicas, constituyendo, como se ha dicho, el elemento

49 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Núm recurso 447/2005

50 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, sentencia número 619/2006. JUR 2007/80144.

51 Artículo 64 Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

fáctico o condición esencial y necesario para el ejercicio de las competencias⁵².

En este punto es interesante traer a colación la sentencia de 1 de septiembre de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha⁵³, dictada en relación a una revocación de servicios carente de motivación, y en la que se dice que *“la facultad de revocación reconocida a la Administración a los efectos de satisfacción del interés público prevalente respecto a los intereses particulares de los funcionarios, no puede llevarse a cabo sin causa legal alguna que la justifique de acuerdo con la propia regulación de la comisión de servicios, ya que aun cuando tiene carácter temporal ello no significa que su duración dependa exclusivamente de la voluntad de quién la confirió, y así tanto su otorgamiento, como su terminación se justifican en función de las necesidades del servicio”* (Fundamento Jurídico segundo)⁵⁴.

No olvidemos que el supuesto de hecho es un elemento reglado del acto administrativo que es controlable por los órganos judiciales considerando la previsión que al efecto se recoge en el artículo 34.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuando se dice que *“el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos”*.

Consecuentemente, la utilización de términos genéricos, o la reproducción de la literalidad del artículo en el expediente y en el nombramiento, es insuficiente, a la vez que es una actuación descuidada que no hace sino eludir el deber de quien dicta el acto como responsable del órgano administrativo competente de dar razones del acto administrativo, de suerte que principios como los de transparencia y objetividad quedan comprometidos.

La determinación de la causa es relevante no sólo a efectos de justificar el acto, sino al de ponerle fin. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en sentencia de 22 de diciembre de 2000⁵⁵

52 PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho Administrativo* Vol II. Régimen Jurídico de la actividad administrativa. Open Ediciones Universitarias. 2014, p 43.

53 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª ROJ STSJ CLM 2289/2014.

54 Similar argumentación se encuentra en sentencia de 26 de enero de 2005 del TSJ de Madrid (Fundamento Jurídico segundo). Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, sentencia número 86/2005. JUR 2006/209861.

55 Sala de lo Contencioso-Administrativo.

vino a señalar que *“no basta con que la Administración aluda a su facultad de revocar el nombramiento en comisión de servicio de la actora, incluso con alegaciones genéricas a razones organizativas de servicio y de gestión personal, sino que efectivamente acredite que tales razones organizativas y gestoras concurren en el presente supuesto, vinculadas con la causa justificativa de tal comisión de servicio”*. El mismo Tribunal, en la anteriormente citada sentencia de 1 de septiembre de 2014 señala que ha de aplicarse a los casos de *“cese anticipado de la comisión a la duración inicialmente establecida cuando menos el régimen de causas relacionado con la propia utilización de esta forma de provisión de puestos de carácter temporal, ligadas siempre a razones del servicio y nunca al capricho y arbitrariedad de quien toma la decisión (...)”*. Por otro lado, la Administración siempre debe estar en condiciones de motivar o justificar tanto la utilización de este mecanismo de cobertura, como de su terminación si desaparece la necesidad del mismo antes de que concluya el plazo de duración del mismo”. Con mayor rotundidad afirma que *“la revocación de la comisión debe ser explícita, explicada y deberse a una causa legal”*.

Cabe añadir que la precisión del hecho ha de hacerse en el momento oportuno, estando debidamente acreditado en el expediente generado en el cauce procedimental que conduce a la decisión administrativa, y no, como lamentablemente sucede, en eventuales procedimientos derivados de reclamaciones e impugnaciones, cuando la Administración trata de aportar los elementos probatorios en defensa de su posición.

b) Potestad discrecional

La propia redacción del precepto determina que la provisión de puestos mediante la comisión de servicios quede enmarcada como una facultad discrecional de la Administración en el ámbito de su autoorganización, donde disfruta de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de concretar o configurar organizativamente el estatus del personal a su servicio (Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1990, de 29 de marzo). La comisión de servicios se encuadra dentro del poder de dirección siempre que, como hemos visto, existan necesidades que lo justifiquen y que la Administración dé razones suficientes del porqué acude a ella frente a sistemas ordinarios como pudieran ser el concurso-oposición, o el concurso.

RJCA\2001\412 Recurso de Apelación 78/2000.

La potestad discrecional atribuida por la ley no es sino la posibilidad que se ofrece a la Administración de gozar de una cierta estimación subjetiva que le permita concretar cuál de las opciones que pueda barajar en su actuación sea la más adecuada para alcanzar los fines de interés público encomendados cuando la complejidad de la variante y diversa realidad dificulte que la norma pueda llegar a concretarlas, así como de darles concretos efectos jurídicos.

Los contornos que configuran las comisiones de servicios desde el punto de vista de sus presupuestos habilitantes, como procedimiento de provisión de puestos, o en cuanto a las consecuencias que provoca esta situación administrativa en los derechos de los demás aspirantes que pudieran ostentar legítimos intereses para ocupar esos puestos en desarrollo de su carrera profesional o promoción, la conceptúan como una situación sometida a ciertas restricciones que justifica la necesidad de la motivación cuando se acude a ella.

En este punto es posible abrir un debate por cuanto que, en la práctica, la utilización de la comisión de servicio como facultad discrecional a la que acuden los gerentes de los servicios de salud, se ha considerado en ocasiones como un mecanismo para rodearse de gente conocida, dando lugar a todo tipo de especulaciones respecto a su concesión, sin sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Por otra parte, tal vez a los ojos del gestor, desde una visión sesgada por criterios de celeridad o agilidad, podría estimarse que esa necesidad de justificar la actuación administrativa es trivial en comparación a la obtención de una rápida respuesta que soluciona el problema organizativo generado por la vacante o puesto de trabajo no cubierto. Pero este planteamiento es cuestionable también desde el momento en que las administraciones sanitarias han desarrollado procedimientos de selección de personal temporal bajo las previsiones de eficacia y agilidad previstas en el artículo 33 de la ley 55/2003.

En todo caso, el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁵⁶ obliga a la Administración a la motivación del acto discrecionalidad, ofreciendo información suficiente, capaz de convencer, que sea una explicación que se pueda sostener, *susceptible de resistir la comparación*

⁵⁶ 1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: i) Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa

*con otras respuestas también posibles, de generar, en consecuencia, amén de la adhesión de una parte de los miembros de la comunidad, la neutralidad del resto, de modo que si existe alguna oposición ésta sea más bien de carácter marginal o inocua*⁵⁷. Conviene insistir en que motivar no es acudir a fórmulas preestablecidas o vagas. Afirma Rodríguez-Arana que no es pura formalidad ni fórmula de estilo que sirve para cubrir el expediente, sino que es *“una obra de artesanía jurídica que expresa el compromiso de una administración pública y de sus agentes por elaborar y confeccionar actos administrativos en el marco del Estado de Derecho”*⁵⁸, impecable apreciación en cuanto al deber ético inherente al ejercicio de cargo o puesto públicos.

El Tribunal Supremo señaló en sentencia de 1 de junio de 1999 que *“la discrecionalidad, en cualquiera de sus variantes, parte de la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones o, si se prefiere, resulta que su ejercicio permite una pluralidad de soluciones justas, o de optar entre alternativas que, en general, sean igualmente justas desde el punto de vista del Derecho o, tal vez mejor, razonables, desde el mismo punto de vista, por lo que el ejercicio de la potestad discrecional presupone una opción entre varias posibles, y una razonabilidad en un marco socio-cultural determinado, pero precisamente por ello, la decisión discrecional exige, como inseparable de ella, la motivación, que es lo que garantiza que se ha actuado racionalmente y no arbitrariamente, y la que permite un adecuado control de los actos discrecionales, exigiéndose así una motivación suficiente, que al menos exprese apoyo en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentales de la decisión (STC 14/1991), fórmula un tanto vaga si se quiere, pero que tiene la ventaja de poder medirse caso por caso si se cumple o no con la suficiencia”*.

Resulta muy ilustrativa la exposición que lleva a cabo el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en sentencia núm. 417/2014 –ya citada anteriormente –: Señala en lo concerniente a la comisión de servicios que *“al respecto, cabe recordar, ante todo, que el Real Decreto 364/1995, como la Ley 7/2007 reconoce que el sistema normal de provisión es el concurso o la libre designación, (...) Pues bien,*

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de mayo de 2009. FJ cuarto.

⁵⁸ Id. *“Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo”*. Derecho PUCP Núm. 67, 2011 pp 216

igualmente se contemplan procedimientos excepcionales de provisión a los que se les exige siempre motivación. (...)

Ciertamente la provisión de puestos de trabajo también puede hacerse como ha hecho la Convocatoria del caso, es decir, mediante comisión de servicios o mediante adscripción provisional. Pero esa provisión es provisional o temporal, no puede desbordar los supuestos para los que está prevista por las normas jurídicas y, por supuesto, debe contar con una motivación o justificación que, además, tiene que ser razonable.

En efecto, la decisión de la Administración de proveer puestos de trabajo en la función pública mediante los procedimientos de comisión de servicios o de adscripción personal requiere que esa decisión descansa en una justificación razonable.

Por lo tanto, es obligación de la Administración ofrecer una justificación certera en la que descansa su decisión de provisión mediante comisión de servicios o mediante adscripción provisional.

De este modo, si la decisión administrativa se encuentra huérfana por completo de motivación, es decir, si falta así en la resolución administrativa la necesaria justificación razonable, consideramos que el resultado del control judicial no puede decantarse en favor de esa actuación administrativa ilegal sobre la base de un indebido desplazamiento de la carga de la prueba que haga recaer en el impugnante la obligación de probar que no concurrieran en cada caso motivos razonables para que la Administración adoptase una decisión de esa índole.

En tal sentido, el Tribunal Supremo ha señalado en su sentencia de 22 de marzo de 2004 –recurso de casación 5697/2001– que «ni se pone a la Administración una tarea imposible, ni se la impone una carga de la prueba que no deba asumir, ...» sino que se le exige que explicita la razón de su decisión.

El requisito de motivación (...) tiene por finalidad la exteriorización o expresión de las razones que han conducido a la Administración a adoptar una determinada decisión, es decir, la motivación tiene por finalidad pues, que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración.

El fin que cumple la motivación del acto administrativo es precisamente que, en su caso, puedan ser rebatidos en la forma procedimental regulada al efecto, esto es, la motivación cumple, pues, la finalidad de que tanto el interesado como los órganos judiciales puedan conocer la ratio decidendi de la resolución administrativa. Por consiguiente, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, no se trata de un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable; y

ello tanto porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, como porque la motivación es necesaria para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la actividad de la Administración. En definitiva, únicamente la expresión de los motivos de la decisión permite al interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación, que, si se omite, puede generar la indefensión prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución, - en este sentido, por todas, sentencias del Tribunal Constitucional números 26/1981, 61/1983, 100/1987, 26/1989, 70/1990, 14/1991, 353/1995, 109/1992, 196/1998 y 77/2000.

Por consiguiente, la motivación no es una cortesía elemental ni un mero requisito formal, sino que se trata de una garantía, en concreto de una garantía de primer orden mediante la que es posible comprobar que la decisión administrativa no es el fruto de la arbitrariedad.

La motivación asegura, pues, la seriedad de la formación de la voluntad de la Administración, garantiza al ciudadano que podrá impugnar la resolución administrativa con posibilidad real de criticar las bases que la sustentan y, por último, la motivación hace posible el control jurisdiccional”.

La falta de motivación a la hora de optar por acudir a la comisión de servicios es reprochable habida cuenta de que la Administración tiene el mandato legal de servir con objetividad los intereses generales, de manera que el quehacer público, muy especialmente el de quienes dirigen las organizaciones públicas o sus órganos dependientes, debe estar imbuido por esta lógica de servicio objetivo, racional, que es enemigo del subjetivismo y de la expresión más soberana de la ausencia de la razón que es la arbitrariedad⁵⁹, que puede quedar descartada cuando se explicitan, de manera transparente, los razonamientos seguidos en el actuar administrativo, olvidando la caduca opacidad o la mezquina parquedad de razonamientos, alejados de la idea de una Administración moderna, eficaz y comprometida con el interés general.

Sentado ya que la labor de motivación de la Administración pasa no sólo por la concreción de la realidad fáctica o supuesto de hecho, sino por exponer qué razones le llevan a considerar la mejor adecuación de la comisión de servicios frente a otras alternativas (pues ya se ha señalado que es un acto que

59 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. “La dimensión ética de la función pública”. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid 2013

puede afectar a terceros que aspiren a acceder a una plaza o puesto, bien de forma permanente o temporal, o la de otros interesados en el desarrollo de su carrera mediante la promoción interna, o aquéllos interesados en la movilidad definitiva dentro del Sistema Nacional de Salud), el esfuerzo intelectual exigido a la Administración cobra notable importancia por cuanto que resulta de un ejercicio volitivo en el que, barajadas diferentes alternativas, se considerará aquella más ajustada al interés general, ponderando diferentes intereses en juego y velando por los principios constitucionales de objetividad, interdicción de la arbitrariedad, igualdad, mérito y capacidad.

No obstante lo anterior, lamentablemente, la comisión de servicios continúa siendo en ocasiones, una vía para la provisión de plazas a la que la Administración sanitaria acude pretextando mayor celeridad, utilizando mecanismos en los que la estrecha línea entre la discrecionalidad y la arbitrariedad queda desdibujada cuando no se explicitan las verdaderas circunstancias y las razones que llevan a la elección de este sistema de provisión, sino que permanecen en realidad desconocidas, opacas a su conocimiento por los posibles interesados, mientras que la Administración se limita a justificar su actuación bajo el genérico fin de la eficacia, olvidando que la misma sólo cabe en el marco de la legalidad y el respeto de principios tan elementales como los de objetividad, neutralidad e imparcialidad, guías del buen hacer de una Administración sustentada en valores éticos, y en la que cualquier sospecha de presencia de intereses individuales o corporativos debe quedar automáticamente desterrada.

VI. LA PRESENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO, CAPACIDAD Y PUBLICIDAD

El artículo 4 del EM enumera los principios y criterios de ordenación del régimen estatutario, entre los que establece los de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso a la condición de personal estatutario, principios que reitera en su artículo 29, cuyo apartado 1.a) establece que “*la provisión de plazas del personal estatutario se regirá por los siguientes principios: igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la selección, promoción y movilidad del personal de los servicios de salud*”. El TRLE-BEP también obliga a las Administraciones Públicas a proveer los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los citados principios (artículos 1.3 b) y 55.1).

La jurisprudencia de nuestro país ha venido interpretando y extendiendo más allá de lo puramente literal, el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas a los procedimientos de cobertura de puestos, una vez que ya se ostenta la condición de funcionario público. Con esto, se trata de lograr que todos estos cauces de ascenso y promoción dentro de la Administración Pública no puedan desconocer el principio de igualdad que reconoce a todos los ciudadanos en el acceso a las funciones y cargos públicos y la imposición de no exigir en dicho acceso, requisito o condición alguna que no sea a los principios de mérito y capacidad enunciados en los artículos 23. 2 y 103. 3 CE⁶⁰.

No obstante, se percibe una distinta valoración o rigor en la apreciación de estos principios cuando hablamos de provisión de puestos de trabajo. Así lo manifiesta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo que viene consolidándose desde hace tiempo. La sentencia del Tribunal Constitucional 48/1998, de 2 de marzo dice que “...*esa exigencia* [la de la configuración legal de los principios de igualdad, mérito y capacidad] *es más patente y de mayor rigor e intensidad en el caso de acceso a la función pública que cuando dentro ya de la misma se trata del desarrollo y promoción de la carrera administrativa...*”. La sentencia del Tribunal Supremo 407/1997 se enmarca en la misma línea cuando alude a que “...*aquel derecho y estos valores constitucionales* [acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, y los principios de mérito y capacidad, respectivamente] *operan con distinto rigor e intensidad según se trate del acceso a la función pública o del desarrollo o promoción de la carrera administrativa...ya que siendo el derecho recogido en el artículo 23.2, un derecho de configuración legal, puede la Administración legítimamente tener en cuenta, una vez acreditados los requisitos de mérito y capacidad, otros criterios bien distintos que no guarden relación con éstos, en atención de otros bienes constitucionales...*”.

Ahora bien, esta limitación de los principios de mérito y capacidad, supone a su vez una limitación a la efectividad del principio de igualdad, del que traen causa.

Según la doctrina constitucional, el artículo 23.2 concreta el principio de igualdad general en la función

60 MESEGUER YEBRA, J “El derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución Española al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas Estudio jurisprudencial. Años 1997 y 1998”. Revista Jurídica de Navarra núm. 27 enero-junio 1999, pp. 273-274

pública y la imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio, ostentando quien resulte perjudicado, un derecho puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y ante el Tribunal Constitucional en último término, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en sentencia 89/1989, de 11 de mayo, señalaba que *“el artículo. 14 de la CE, prohíbe, por una parte, que se dé un tratamiento desigual tanto en las previsiones normativas, como en su aplicación concreta, por un poder público, a quienes se encuentren en situaciones esencialmente similares, y, por otra, que si se introducen elementos de diferenciación para justificar tratamientos distintos, esos elementos han de ser razonables y no constituir una excusa o pretexto para producir, de hecho, un tratamiento arbitrariamente desigual, y, por tanto discriminatorio”*.

Que la Administración pueda argumentar razones de mayor eficacia en la organización y prestación de servicios públicos, justificando así elección de la de provisión de plazas por determinados funcionarios en comisión de servicios en detrimento de otros, no puede suponer una limitación desproporcionada e ilimitada de los principios de igualdad, mérito y capacidad, ya que éstos gozan de una protección constitucional más fuerte, (artículos 14 y 23 de la CE). Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional: *“aunque la eficacia de la Administración es un bien constitucionalmente protegido por el artículo. 103.1, tal principio es de rango inferior a la igualdad, que es no sólo un derecho individual de los españoles protegible, incluso por vía de amparo (artículos. 14 y 53.2 de la C.E.), sino un principio al que está sometido el legislador (artículos. 14 y 9.1 de la C. E.), e incluso un «valor superior» del ordenamiento (artículo 1.1 de la C.E.) ante el cual deben ceder otros de rango inferior”*⁶¹.

Una interpretación de lo expuesto coherente con la defensa realizada en páginas anteriores sobre la naturaleza de la comisión de servicios, nos lleva a considerar que, la provisión y la movilidad del personal de los servicio de salud, aunque obedezcan a circunstancias diferentes a los procedimientos de selección, comparten una finalidad, que no es otra que la cobertura de plazas o puestos, debiendo regirse por los mismos principios, tal y como también se

prevé en el Estatuto Marco, cuyo artículo 29 dispone que *“la provisión de plazas del personal estatutario se regirá por los siguientes principios básicos: a) Igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la selección, promoción y movilidad del personal de los servicios de salud”*

Por otra parte, si bien los referidos principios de igualdad, mérito y capacidad, derivan directamente de la Constitución; el principio de publicidad ha sido desarrollado por la jurisprudencia. La sentencia del Tribunal Supremo 66/2012, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección: 7, Recurso: 1073/2009, señala que *“en su formulación más genérica, está ligado a otros mandatos constitucionales como lo son el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (CE) y el principio de objetividad que para toda actuación de la Administración pública dispone el artículo 103.1 del propio texto constitucional. Y por eso mismo conlleva, entre otras cosas, tanto la necesidad de que toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones que determinen sus decisiones, pues solo así es posible el control que demanda el derecho de tutela judicial efectiva; como también que esos criterios estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando de procedimientos competitivos se trate, porque de esta manera es como queda conjurado con las debidas garantías el riesgo del favoritismo individual (contrario al principio de objetividad)...”*.

El principio de publicidad se erige así como un principio reforzador de los anteriores⁶², que persigue la objetividad de la actuación administrativa, pues de todos es conocido que en lo que no se hace público domina la subjetividad. Es de suma importancia en los procesos de provisión de puestos⁶³, pues es el medio que permite que los interesados sean conocedores de las convocatorias, adjudicaciones, y puedan interponer, llegado el caso, los recursos administrativos y

62 PÉREZ LUQUE, A. *“La provisión y pérdida de los puestos de trabajo de las corporaciones locales”*. El Consultor 2005 pp 241

63 *“La publicidad tiene por objeto hacer llegar a la generalidad de los posibles interesados el conocimiento de la existencia y características de la convocatoria para que aquéllos puedan decidir lo oportuno respecto a su concurrencia”*. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de septiembre de 1986, RJ 1986\5986. *“La ausencia de publicidad crea una situación de desigualdad entre los posibles concurrentes, incompatible con las condiciones de igualdad que postula el párrafo segundo del artículo 9 de la Constitución”*, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 25 de marzo de 1987, RJ 1987\3640.

61 FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J. La provisión de puesto de trabajo en la Administración General del Estado. Instituto Nacional de Administración Pública. Diciembre 2002. pp 63-64

judiciales si estiman que la Administración Pública se ha desviado en sus actos administrativos.

La presencia de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución en el ámbito de las comisiones de servicios también se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia. Se trae a colación en este momento la sentencia de 17 de junio de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León⁶⁴, donde se refleja expresamente que las comisiones de servicios no se encuentran al margen de los precisados principios. Argumenta el órgano judicial que dentro de lo que el Tribunal Constitucional denomina “*relación funcional*” no cabe duda que entran también los aspectos concernientes a la provisión de puestos de trabajo por comisión de servicios, “*no en vano, el Estatuto Básico del Empleado Público ya lo menciona expresamente, al disponer con carácter general su artículo 78.1 que las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y que en caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo podrán proveerse con carácter provisional debiendo procederse a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación*”. Interpretación extensible al personal estatutario pues recordemos que el citado Estatuto Básico se ha configurado como norma complementaria al régimen del personal estatutario, a la cual cabe acudir directamente en virtud de la previsión de su aplicación a dicho personal en su artículo 2.3⁶⁵ pues, como expone Palomar Olmeda, este artículo, en el caso del personal estatutario de los servicios de salud establece una escala de fuentes que se compone de dos grandes bloques normativos: a) el del Estado y las Comunidades Autónomas dictado en materias de servicios de salud o sanidad; y b) el del propio Estatuto Básico del Empleado Público –aunque matizado en algunos títulos y capítulos -.

Continúa el Tribunal señalando que “*por consiguiente, la urgencia que pudiera requerir la provisión de un puesto por comisión de servicios, en ningún caso puede pasar por encima del derecho fundamental de los funcionarios a acceder en condiciones de igualdad, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, a ese puesto de trabajo, aun siendo provisional,*

pues existen procedimientos ágiles y adecuados que permiten cohesionar o salvaguardar ambos intereses, la urgencia de la administración en proveer lo antes posible el puesto y los intereses de los funcionarios que reúnen los requisitos en acceder a dicho nombramiento, en condiciones de igualdad, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”.

Consecuencia de lo expuesto hasta ahora, es que la materialización de los principios constitucionales habrá de realizarse en las convocatorias de manera abstracta y generalizada, y no mediante referencias individualizadas, evitando cualquier preterición o reserva “*ad personam*”, ya sea de manera expresa como encubierta (entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 42/1981, de 22 de diciembre y 27/1991, de 14 de febrero).

VII. LA PLASMACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE COMISIÓN DE SERVICIOS: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Llegados a este punto, la consideración de la comisión de servicios como un mecanismo de provisión temporal de puestos de trabajo, que además afecta a aspectos tales como la movilidad funcional y/o geográfica, plantea la cuestión de si forma parte de las materias objeto de negociación colectiva.

El artículo 29 del Estatuto Marco, en cuanto a interesa al presente epígrafe, establece en su letra f) que “*la provisión de plazas del personal estatutario se regirá por los siguientes principios básicos: Participación, a través de la negociación en las correspondientes mesas, de las organizaciones sindicales especialmente en la determinación de las condiciones y procedimientos de selección, promoción interna y movilidad, del número de las plazas convocadas y de la periodicidad de las convocatorias.*” Por su parte, el Texto Refundido de la Ley del Estatuto del Empleado Público concreta una serie de materias negociables (artículo 37), algunas de las cuales afectan directa o indirectamente a las facultades y funciones incluidas en la potestad administrativa de organización, entre ellas las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera y provisión de puestos de trabajo (apartado c), o las materias que afecten, entre otras, a movilidad funcional y geográfica (apartado m). El texto del precepto comienza con un imperativo, “*serán materias de negociación*”, lo que supone que las materias seguidamente enumeradas por el precepto no pueden ser objeto de regulación

64 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª. RJCA/2011/587.

65 PALOMAR OLMEDA, A. SEMPERE NAVARRO, A. V. “Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”. Aranzadi-Thomson 2009.

o actuación unilateral por parte de la Administración sin haber pasado previamente por una negociación, reserva destinada a sustraer todas esas materias de su poder exclusivo para convertirlas en un espacio bilateral y compartido que, se logre o no el consenso, y requiera o no la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno correspondiente, presupone, por definición, la existencia de una negociación previa, real o intentada, a riesgo de nulidad por ilegal, de la norma que desconozca tal obligación⁶⁶.

A su vez, no conviene olvidar que el mismo artículo 37.2 dispone que cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, procederá la negociación de dichas condiciones con las organizaciones sindicales.

Como indica la sentencia núm. 1299/2015 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 30 de marzo de 2015, la negociación colectiva *“es un concepto amplio, referido a la regulación de la relación de servicio, pero que excluye otros aspectos que afectan a la organización administrativa, al ejercicio de potestades públicas, y, en general, al régimen jurídico-administrativo. La negociación colectiva no puede condicionar el ejercicio de las potestades que la Constitución y las leyes confieren a las Administraciones Públicas para servir con objetividad los intereses generales, ni tampoco las responsabilidades que le corresponden para organizar y garantizar el correcto funcionamiento de los servicios. Sin embargo, no es fácil desligar las potestades y funciones atinentes a las autoridades y órganos administrativos de aquellas que afectan a las condiciones de trabajo del personal a su servicio, dada la interacción o influencia recíproca entre unas y otras.”*

En efecto, la lista de materias recogidas en el artículo 37 es exhaustiva y prácticamente todas las condiciones de trabajo de los funcionarios parecen negociables. En lo que interesa a la comisión de servicios, habrá que distinguir si exclusivamente es una decisión discrecional que emana del poder de autoorganización de la Administración, con lo que estaría excluida de esa potencial negociación o, por el contrario, su concesión o denegación afecta a las condiciones de trabajo de los funcionarios, como el resto de procedimientos de movilidad del personal.

Parece lógico pensar que la movilidad funcional o geográfica derivada de la comisión de servicios puede afectar a las condiciones de trabajo, lo que vendría a reforzar la defensa de que los criterios por los que haya de regirse sean objeto de negociación, más aún si además sumamos su consideración de mecanismo de provisión de puestos, materia de obligatoria negociación.

Consecuentemente, el reconocimiento de la potestad discrecional de la Administración para acudir a la comisión de servicios, no obsta para que aquellos criterios generales que afecten al acceso, carrera o provisión de plazas o puestos, no deban ser debidamente tratados en el seno de las mesas de negociación del ámbito correspondiente. En este sentido, el artículo 34 del Texto Refundido del Estatuto Básico establece que *“a los efectos de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, se constituirá una Mesa General de Negociación en el ámbito de la Administración General del Estado, así como en cada una de las Comunidades Autónomas, ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales”*, y en apartado 3 continúa diciendo que *“son competencias propias de las Mesas Generales la negociación de las materias relacionadas con condiciones de trabajo comunes a los funcionarios de su ámbito.”*

Respecto al personal estatutario, el artículo 79 de la Ley 55/2003 dispone que *“en el ámbito de cada servicio de salud se constituirá una mesa sectorial de negociación, en la que estarán presentes los representantes de la correspondiente Administración pública o servicio de salud y las organizaciones sindicales más representativas en el nivel estatal y de la comunidad autónoma, así como las que hayan obtenido el 10 por ciento o más de los representantes en la elecciones para delegados y juntas de personal en el servicio de salud”*. Las mesas sectoriales son pues, el ámbito donde los representantes de los trabajadores se erigen en representantes institucionales del interés colectivo, lo que permite la extensión de los principios de igualdad, mérito y capacidad a los acuerdos que se pudieran alcanzar, de aplicación general a todos los trabajadores, tanto presentes como futuros -e incluso, en algunos casos, pasados-, incluidos en su ámbito de negociación.

Lo expuesto excluye la posibilidad de que todos aquellos criterios que afecten a los requisitos por los que deba de regirse un procedimiento de provisión de puestos, incluida la comisión de servicios, sean tratados y negociados en ámbitos inferiores a los descritos, tales como los extendidos pactos a nivel de

⁶⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. En PALOMAR OLMEDA, A., SEMPERE NAVARRO, V. el al “Comentarios A la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Aranzadi-Thomson. Navarra 2009, pp 342 -361

centro o gerencia que no hacen sino introducir desigualdades e inseguridad jurídica por cuanto que el personal de un mismo servicio de salud es tratado de diferente forma dependiendo de la gerencia a la que se encuentre adscrito, todo un dislate.

VIII. CONCLUSIONES

La comisión de servicios es un sistema de provisión de puestos de trabajo vacantes o temporalmente desatendidos, que presenta una naturaleza excepcional frente a los sistemas de provisión de carácter ordinario. Constituye a su vez, una manifestación de la potestad discrecional que, constatada la realidad fáctica o supuesto que habilita para su utilización, queda sometida al deber de motivación previsto en el ordenamiento jurídico.

La motivación ha de ser la constatación de los elementos determinantes de la decisión administrativa, de suerte que la potestad discrecional no dispensa a la Administración de aportar al expediente el material probatorio necesario para acreditar que la decisión viene determinada en la realidad fáctica y de los elementos que permitan superar el juicio sobre la legalidad, oportunidad y congruencia con los motivos y fines de interés público que la justifican.

No cabe duda acerca de que la comisión de servicios precisa de un procedimiento reglado, que garantice el respecto a los principios igualdad, mérito, capacidad y publicidad, a la vez que constituye materia de negociación colectiva en la mesa sectorial correspondiente. Con ello no se elimina la potestad de autoorganización de la Administración (sanitaria, en este caso), sino que se introduce un paso previo para el debate, y posible acuerdo sobre los criterios y requisitos en los que han de reflejarse aquellos principios. Para ello, la Administración habrá de perseguir el interés general en el marco de la legalidad, al igual que los representantes de los trabajadores habrán de velar también por el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, de forma que posturas egoístas o puramente corporativistas, en las que los intereses sectarios o de ciertos grupos son defendidos por encima de intereses generales, queden vedadas, persiguiendo la objetividad y seguridad jurídica para el conjunto de los profesionales de las instituciones sanitarias del respectivo ámbito de negociación.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R y CRISTÓBAL RINCERO, R. En PALOMAR OLMEDA, A, SEMPERE NAVARRO, A Coord. “Comentarios a la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud”. Thompson-Aranzadi 2006, pp 338.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J. “La provisión de puesto de trabajo en la Administración General del Estado”. Instituto Nacional de Administración Pública. Diciembre 2002. pp 63-64.
- MESEGUER YEBRA, J “El derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución Española al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas Estudio jurisprudencial. Años 1997 y 1998”. Revista Jurídica de Navarra núm. 27 enero-junio 1999, pp. 273-274.
- PALOMAR OLMEDA, A. SEMPERE NAVARRO, A. V. “Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”. Aranzadi-Thomson 2009.
- PARADA VÁZQUEZ, R. “Derecho Administrativo Vol II. Régimen Jurídico de la actividad administrativa”. Open Ediciones Universitarias. 2014, p 43.
- PÉREZ LUQUE, A. “La provisión y pérdida de los puestos de trabajo de las corporaciones locales”. El Consultor 2005 pp 241.
- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo”. Derecho PUCP [online] Núm. 67, 2011 pp 210, Disponible en la URL: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2991/3516> [Con acceso 15.3.2016].
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. “La dimensión ética de la función pública”. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid 2013.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J; SENDÍN, M.A. “Derecho administrativo español”. Vol. II. Netbiblo. La Coruña 2009, pp 26-27.

- SÁNCHEZ MORÓN, M. “El empleo público en España: problemas actuales y retos de futuro”. Revista aragonesa de Administración Pública [online] Monografía XIII 2011, p 22. Disponible en la URL: http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesAdministracionPublica/Documentos/docs2/Instituto%20Aragon%C3%A9s%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20Aragonesa%20Adm%20P%C3%BAblica/Monograf%C3%ADas/Monografico_XIII/04_Sanchez.pdf [Con acceso 25.2.2016].
- VAQUER CABALLERÍA, M. “El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo”. Revista de Administración Pública. Número 186, Madrid, septiembre-diciembre 2011.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA DERIVADA DEL EXTRAVÍO DE LA HISTORIA CLÍNICA: LA VISIÓN DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Marta María Sánchez García

Abogada experta en Derecho Sanitario

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PÉRDIDA O EXTRAVÍO DE LA HISTORIA CLÍNICA, EN SOPORTE PAPEL O ELECTRÓNICA: SUPUESTOS EN LOS QUE GENERA O NO RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA. II.1 Principio de facilidad probatoria. Inversión de la carga de la prueba. 2. Regla general: Doctrina del Tribunal Supremo. 3. Casos particulares. 4. Pérdida o extravío del “Documento de consentimiento informado”. 5. Pérdida o extravío de otras pruebas o documentos clínicos. 6. La pérdida o extravío de la historia clínica carece de relevancia jurídica cuando no tiene relación con la asistencia prestada. III. CONCLUSIONES. IV. REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN

Antecedentes: análisis de la doctrina jurisprudencial sobre las consecuencias de la pérdida o extravío por la Administración de la Historia Clínica, ya sea en soporte papel o electrónica.

Métodos: búsqueda en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial de aquellas sentencias relativas a pérdida o extravío de la historia clínica de los últimos diez años y estudio pormenorizado de las mismas. No se aludirá a la doctrina científica, dada la absoluta ausencia de estudios sobre la materia, pese a su trascendencia en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Conclusiones: la pérdida o extravío de la Historia clínica por la Administración (en papel o electrónica), tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en virtud del principio de facilidad probatoria ex art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto

que la Administración asume su custodia, quedando obligada a probar que la actuación médica se adecuó a la *lex artis ad hoc*.

Como regla general, la pérdida o extravío de la historia clínica o parte de la misma por Administración no debe conllevar la declaración automática de responsabilidad patrimonial cuando su ausencia no ha impedido al Tribunal formar su convicción sobre la corrección de la asistencia prestada con el resto del historial médico, más allá de toda duda razonable.

Dicha doctrina resulta aplicable incluso cuando se extravíen o pierdan documentos esenciales de la historia clínica de valor clínico decisivo para verificar la corrección de la asistencia médica, siempre que la información sobre la actuación médica se refleje, de forma completa, en otros documentos de la historia clínica (verbigracia, en minuciosas anotaciones en el partograma en lugar del registro cardiotocográfico extraviado).

No obstante, en aquellos casos en los que el resto del historial sea insuficiente para que el Juzgado o Tribunal pueda conocer más allá de toda duda si la actuación médica se adecuó a *la lex artis ad hoc*, los Tribunales declaran de forma automática la responsabilidad de la Administración.

La pérdida o extravío de la historia clínica carece de relevancia jurídica cuando no guarda relación con la asistencia prestada.

PALABRAS CLAVE

Extravío Historia Clínica. Responsabilidad Administración sanitaria. Doctrina Tribunales.

ABSTRACT

Background: analyse the consequences of the loss or misplacement, either paper-based or electronic media, of a Medical Record by Health Administration in the Law Courts.

Methods: study the case law of the Supreme Court and legal doctrine of the Higher Courts of Justice.

Conclusions: the loss or misplacement of the Medical Record, either paper-based or electronic media, results in «the reversal of the burden of proof», since the Health Administration assumes the safekeeping of the same, being under obligation to prove that, despite this loss, the medical action was carried out in compliance with *lex artis ad hoc*.

As a general rule, in accordance with case law doctrine, the loss or misplacement of the medical history, or part of the same, either paper-based or electronic media, does not result in the subsequent determination of liability of the State Health Administration when its absence does not prevent the Courts from making decisions regarding the conviction on the correction of the medical care given, beyond doubt, with «the rest of the medical history».

Said doctrine is also applicable when «essential documents» of the medical history are lost or mislaid, decisive from a medical perspective to verify the correction of the medical care received, if the information about the noted medical action that said documents should provide, is demonstrated in detail, in «other documents» of the medical history (eg. in the detailed entries of the partogram graphical record instead of the missing cardiotocographic record).

However, said law-case doctrine makes an exception when «essential documents» are lost or misplaced from the Medical History, when the rest of the medical history does not allow the Court or Tribunal, know «beyond doubt», if the medical action was carried out in compliance with *lex artis ad hoc*. In such cases, it is declared by the Tribunal, automatically, the state liability of the Health Administration under the «evidential proof principle» ex art. 217.7 of the Civil Procedure Law.

The loss or misplacement of the medical record is of no legal relevance when unrelated to the medical care received.

KEYWORDS

Misplacement of Medical History. Health Administration Liability. Tribunal Doctrine.

I. INTRODUCCIÓN

Existe copiosa bibliografía sobre la historia clínica, su concepto, su objeto, su extensión, su contenido y las particularidades de su proceso de formación, acceso a sus datos, cancelación, etc., así como las obligaciones que impone al personal sanitario en cuanto custodia, confidencialidad y deber de secreto, entre otros.

Pese a ello, durante mis más de quince años de experiencia como abogada en el ámbito de la responsabilidad médica nunca me he encontrado con un estudio de verdadero calado sobre las consecuencias del extravío de la historia clínica.

Algunos planteamientos doctrinales sugieren una suerte de certeza de que implicaría fatalmente la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero en la mayoría de las ocasiones la cuestión resulta orillada o abiertamente ignorada.

El objeto del presente trabajo consiste en el abordaje directo de la cuestión, acometiendo el estudio jurisprudencial de las consecuencias del extravío de la historia clínica a la luz de los principios procesales que, de manera directa, inciden en la cuestión, especialmente, el principio de facilidad probatoria y el consiguiente principio de inversión de la carga de la prueba; rastreando su aplicación a estos casos, explicándome en los que ostentan una mayor incidencia en los Tribunales, concretamente, el extravío de las ecografías realizadas durante el embarazo, así como

del partograma y los registros de monitorización del parto, o del consentimiento informado, para así describir la evolución que haya podido experimentar la jurisprudencia.

Este estudio plantea desafíos jurídicos apasionantes: ¿El extravío de la historia clínica genera siempre de suyo responsabilidad patrimonial a la Administración o es necesaria la concurrencia de la aportación de elementos probatorios suficientes por el reclamante que sugieran la antijuricidad del daño? ¿Existe, en todo caso, inversión de la carga de la prueba? y, siendo así, ¿cuáles son su extensión y consecuencias? ¿Puede suplirse la ausencia de historia clínica con otras pruebas documentales o testificales a fin de acreditar la buena praxis del médico cuya actuación se cuestiona?

A estos interrogantes esenciales enfrente mi pasión por el estudio jurídico de la cuestión; al lector le corresponderá decidir si este entusiasmo alcanza, siquiera parcialmente, algún acierto.

II. PÉRDIDA O EXTRAVÍO DE LA HISTORIA CLÍNICA, EN SOPORTE PAPEL O ELECTRÓNICA: SUPUESTOS EN LOS QUE GENERA O NO RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.

1. Principio de facilidad probatoria. Inversión de la carga de la prueba.

La adecuada conservación de la historia clínica por los centros sanitarios resulta necesaria para garantizar su posible utilización para, entre otras finalidades, ser aportada en el curso de los procesos judiciales contencioso-administrativos por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. El incumplimiento de dicha obligación constituye una negligencia adicional, acumulable al daño sufrido por el paciente, que conlleva una importante consecuencia de carácter procesal: la inversión de la carga de la prueba.

Los principios relativos a la distribución de la carga de la prueba se hallan consagrados en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) —aplicables al ámbito contencioso-administrativo—, que establece que corresponde al demandante la carga de probar la certeza de los hechos que sustentan su

pretensión y correlativamente al demandado la carga de probar los hechos impositivos o extintivos de las pretensiones del actor.

No obstante, las reglas generales sobre la carga de la prueba pueden modificarse en virtud de los *principios de facilidad y disponibilidad probatoria* establecidos en el art. 217.7 LEC, que obliga al juzgador a tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, lo que hará recaer en la Administración sanitaria las negativas consecuencias derivadas de una eventual infracción del deber de custodia y conservación de la historia clínica, habida cuenta de que cada centro deberá archivar las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten, de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información¹.

En consecuencia, si el centro sanitario no aporta al correspondiente proceso la historia clínica, ya sea en soporte papel o electrónica, por el motivo que fuere, su incumplimiento del deber de custodia de la misma acarreará la aplicación del principio de inversión de la carga de la prueba, con la imposición a la Administración de la carga de acreditar que la actuación médica fue correcta; mas sin que ello implique su automática responsabilidad.

2. Regla general: Doctrina del Tribunal Supremo

La pregunta que hemos de hacernos es la siguiente: ¿La pérdida o extravío de la historia clínica lleva consigo siempre, como consecuencia automática, la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria? ¿Dicho extravío implica necesariamente una dificultad insalvable de probar la actuación de los profesionales sanitarios conforme a las reglas de la *lex artis*?

Procederé a responder a dichas cuestiones a la vista de la jurisprudencia más reciente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia.

La doctrina del Tribunal Supremo, establece, como regla general, que la pérdida de la historia

¹ Art. 17 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. Vid. también la STSJ de Madrid (Sala Cont.-Adm., Sección 10ª) de 5 de mayo de 2014, PO 1294/2011, Ponente: VÁZQUEZ CASTELLANO, María del Camino, Ref. CENDOJ 5430/2014.

clínica no ha de favorecer a la Administración, puesto que su ausencia priva al paciente de una prueba fundamental para acreditar la existencia mala praxis médica, imponiéndole una prueba imposible o diabólica².

No obstante, si a pesar de faltar parte de la historia clínica, el Tribunal puede formar su convicción por otros medios y llegar a la conclusión de que se ha actuado conforme a la *lex artis*, entonces —matiza el Tribunal Supremo— no tiene por qué declarar, sin más, la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria³, ya que su ausencia no habría impedido que se haya traído al proceso su contenido, en la parte que resulta de trascendencia para la resolución del pleito⁴.

Precisa el Tribunal Supremo que el extravío de la historia clínica no puede confundirse con inexistencia o falta de conocimiento en las actuaciones de la actuación médica observada, que impida la valoración de la misma por el órgano jurisdiccional, cuando los aspectos fundamentales de dicha actuación se reflejan en otros documentos del historial clínico⁵.

2 La STS (Sala Cont.-Adm., Sección 6ª) de 2 de noviembre de 2007, Rec. Casación núm. 9309/2003, Ponente: HERRERO PINA, Octavio Juan. Ref. CENDOJ 7508/2207, en relación con la falta de aportación por la Administración de los registros de monitorización del parto, revoca la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala Cont.-Adm.) de 24 de septiembre de 2003, Rec. núm. 74/2002, que salvaba dicha carencia con la valoración de las declaraciones testificales de la Matrona y Ginecólogo intervinientes, porque el Tribunal de instancia desestimó la demanda: «[...] presumiendo que un Especialista de un Hospital de la Sanidad Pública no puede cometer el error de no apreciar la existencia de sufrimiento fetal al ser llamado y evaluar la situación, error que considera incompatible con la suficiencia técnica que se le presume, presunción efectuada en favor de la Administración que no aportó tal importantes elementos de prueba y que no puede justificarse en la suficiencia técnica del médico interviniente, pues de seguir ese criterio se excluiría el error en sus actuaciones atribuyéndole una infalibilidad que ni siquiera depende de la formación técnica sino de la actitud personal ante un concreto supuesto». En el mismo sentido se pronuncian las SSTS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 2 de enero de 2012, Rec. Casación núm. 3156/2010, Ponente: LECUMBERRI MARTI, ENRIQUE. Ref. CENDOJ 4/2012 y de 14 de junio de 2011, Rec. Casación núm. 2371/2004, Ponente: MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo. Ref. CENDOJ: STS 3510/2011.

3 STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 20 de noviembre de 2012, Rec. Casación núm. 4891/2011, Ponente: MARTINEZ-VARÉS GARCÍA, Santiago. Ref. CENDOJ 7395/2012.

4 STS (Sala Cont.-Adm.) de 23 de octubre de 2007, Recurso Casación núm. 2529/2003, Ponente: HERRERO PINA, Octavio Juan. Ref. CENDOJ 6851/2007.

5 «De manera que no se trata de un supuesto de inexistencia o falta de conocimiento en las actuaciones, que impida la valoración del historial por el órgano jurisdiccional, a que se refieren las sentencias invocadas por la parte, dado que el tribunal a quo no ha señalado inconveniente alguno al efecto en

Por tanto, aun cuando no se haya incorporado al proceso la historia referida a la actuación médica observada, si el resto del historial médico no pone de manifiesto, siquiera indiciariamente, dato médico que permita deducir una mala praxis en la realización de aquélla y de la prueba pericial resulta evidente que a la actora no se le estaba imponiendo una prueba diabólica, dicha parte recurrente hubiera debido acreditar que la prestación sanitaria no se realizó con arreglo a la *lex artis*, por lo que, no habiéndolo hecho, no puede alegar indefensión, ni cabe apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración⁶.

3. Casos particulares

La doctrina general anteriormente expuesta, en principio, tiene como excepción la pérdida o extravío de documentos clínicos esenciales cuya ausencia impide al Juzgado o Tribunal valorar la posible corrección de la actuación médica al no existir otros medios probatorios que acrediten el correcto proceder de los facultativos —por ejemplo, la constancia en el resto del historial clínico de la asistencia prestada a la que la documentación extraviada se refiere—, en cuyo caso los Tribunales aplican, con todo rigor, el principio de facilidad probatoria, declarando, de forma automática, la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, puesto que la Administración no ha logrado probar, más allá de toda duda razonable, que la asistencia médica prestada fue correcta.

Decimos «*en principio*» porque, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, la excepción no operará, pese a que el extravío sea de documentos esenciales de la historia clínica, de valor clínico decisivo para verificar la corrección de la asistencia médica, si la información que debían proporcionar dichos documentos se refleja, de forma completa, en otros documentos del historial clínico. (Por ejemplo, en las minuciosas anotaciones del partograma en lugar del

este caso, en el que los aspectos fundamentales del historial médico se reflejan en otros documentos». STS (Sala Cont.-Adm.) de 23 de octubre de 2007, Recurso Casación núm. 2529/2003, citada.

6 La STS (Sala Cont.-Adm., Sección 6ª) de 20 de diciembre de 2007, Rec. Casación núm. 5998/2003, Ponente: ROBLES FERNÁNDEZ, Margarita. Ref. CENDOJ 8507/2007, que consagra el valor de la «prueba indiciaria» para deducir la existencia de mala praxis médica, dispone: «Es cierto que ni en vía administrativa ni en la vía judicial, se aportó por la Administración sanitaria el historial de la concreta intervención quirúrgica practicada, pero sí constan partes de seguimiento médico, tantos anteriores como posteriores a dicha intervención de las que no puede deducirse tal mala praxis».

registro cardiotocográfico extraviado o en los informes emitidos por los ecografistas), o se acredita por otros medios probatorios (ej. en algunos supuestos, testificales o anotaciones del historial médico).

A continuación analizaré los documentos o pruebas cuyo extravío o pérdida presenta una mayor incidencia en la doctrina del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, concretamente el extravío de las ecografías realizadas durante el embarazo; del partograma y los registros de monitorización del parto; así como del documento de consentimiento informado, a fin de determinar la evolución jurisprudencial al respecto.

3.1 Extravío de las ecografías realizadas durante el embarazo

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2012⁷ implicó un importante cambio de tendencia en la doctrina del alto tribunal y de los Tribunales Superiores de Justicia.

Con anterioridad, la falta de aportación por la Administración de las ecografías originales o grabación original de las mismas se consideraba como un elemento de prueba fundamental, esencial e imprescindible, no sustituible con el Informe de los ecografistas, en orden a valorar si la malformación era diagnosticable y, por tanto, considerar si la actuación del ecografista, que omitió su diagnóstico, se acomodó a la *lex artis*.

Citaré como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2012⁸, sobre falta de diagnóstico ecográfico de malformación de la recién nacida: mielomeningocele. Para valorar si dicha malformación era diagnosticable o no por medio de las ecografías realizadas se requería, según el Tribunal, determinar si los informes de los ecografistas fueron o no correctos, para lo cual resultaba imprescindible disponer del testimonio original gráfico de las ecografías, y consecuentemente, valorar si la falta de detección de la malformación fue imputable a un imponderable, por cuanto existen malformaciones que no pueden ser detectadas, o fue debida a una mala actuación médica.

Sin embargo, pese a haber reiterado la parte actora la solicitud de expedición de copias de las ecografías originales en vía administrativa, no se aportaron por la Administración, que tampoco atendió los diversos requerimientos del Tribunal Superior de Justicia. Por esta razón, el TS decidió mantener el pronunciamiento condenatorio de la Sentencia impugnada ya que *«El carácter indetectable de la malformación no ha podido probarse directamente ante la falta de las ecografías que se le practicaron a la madre. Y todos los hechos y opiniones anteriores no permiten darlo por probado vía presunción. Entre otras cosas, porque los errores médicos existen y se producen.»*

Faltando las ecografías originales, consideradas como documentos clínicos esenciales, y no siendo posible valorar la actuación médica por otros medios —en este supuesto, los informes de los ecografistas—, los Tribunales aplicaban, con todo rigor, el principio de facilidad probatoria y declaraban la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

Finalmente, el Tribunal Supremo recuerda que los ciudadanos tienen derecho al archivo, conservación y acceso a su historia clínica, según los arts. 14 a 19 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 lo que *«no hay ninguna excusa para que la Administración no haya conservado esas ecografías, ni mucho menos para que no las haya aportado»*.

No obstante, la doctrina del Tribunal Supremo cambió a raíz de la aludida Sentencia de 20 de noviembre de 2012⁹, dictada en un asunto referido al alumbramiento de un niño con malformación en la pierna derecha (falta de peroné), no detectada en la ecografía de la semana 20. En este caso, la Administración no aportó el vídeo de la ecografía, pues éste no existía. El Alto Tribunal entendió que no resultaba aplicable el principio de facilidad probatoria porque la inversión de la carga de la prueba se produce y juega cuando es exigible a la Administración una mayor diligencia en la aportación de pruebas, esto es, cuando faltan en el proceso informes o documentos que sólo ella podía aportar, como, por ejemplo, la historia clínica¹⁰ o las ecografías que debían ser examinadas

7 STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 20 de noviembre de 2012, Rec. Casación núm.4891/2011, citada.

8 STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 2 de octubre de 2012, Rec. Casación núm. 4855/2011, Ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, Santiago. Ref. CENDOJ 6504/2012.

9 STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 20 de noviembre de 2012, Rec. de Casación 4891/2011, Ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, Santiago. Ref. CENDOJ 7395/2012, citada.

10 STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 2 de enero

por los peritos para comprobar si los médicos que las realizaron actuaron correctamente¹¹. Si el vídeo de la ecografía existiese y no se hubiese aportado sí entraría claramente en juego aquel principio de la disponibilidad probatoria.

A diferencia de la doctrina sentada hasta ese momento, el TS sí otorga suficiente valor probatorio al Informe ecográfico y las anotaciones que figuran en el mismo, porque —señala el Supremo— «*no se graban todas las ecografías, sólo las de riesgo, y que por tanto tampoco era exigible a la Administración una mayor diligencia probatoria*» y «*en el informe de la misma ecografía consta como diagnóstico: “Ecografía con hallazgos acordes con la edad gestacional. En este momento no se observan anomalías morfológicas mayores, si bien no pueden descartarse las que no tienen expresión ecográfica o se presentan de forma tardía”, con lo que viene admitirse la posibilidad de que existan anomalías morfológicas menores que hayan pasado desapercibidas*».

Dicho cambio jurisprudencial tiene su reflejo en la Sentencia del TSJ de Castilla-León, de 26 de septiembre de 2014¹², en relación con la falta de diagnóstico ecográfico durante del embarazo del Síndrome de DiGeorge. Con cita literal de la Sentencia del TS expuesta, señala el TSJ de Castilla-León que no puede hablarse de ocultación ni extravío de la documentación por el hecho de que la Administración no haya remitido las imágenes ecográficas solicitadas, considerando que no dispone de ellas pues «*no se almacenan salvo hallazgos anómalos*», llegando a afirmar que «*la no aportación de la documentación gráfica se entiende cumplido con la aportación de los informes de los ecografistas*». Es decir, dicho Informes ecográficos son los «*otros medios*» probatorios a los que aludía la STS de 20 de noviembre de 2012.

En segundo lugar, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León señala que la no aportación de las todas las ecografías realizadas no puede considerarse

de 2012, Rec. Casación núm. 3156/2.010, Ponente. LECUMBERRI MARTÍ, Enrique. Ref. CENDOJ 4/2012 y STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 2 de noviembre de 2007, Rec. Casación núm. 9309/2003, Ponente: HERRERO PINA, Octavio Juan. Ref. CENDOJ 7508/2007.

11 Supuesto de la STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 2 de octubre de 2012, Rec. Casación núm. 4855/2011, Ponente: MARTÍN-VARES GARCÍA, Santiago. Ref. CENDOJ 6504/2012.

12 TSJ de Castilla-León (Sala Cont.-Adm., Sección 3ª) de 26 de septiembre de 2014, PO 503/2011, Ponente: MOZO AMO, Jesús. Ref. CENDOJ 4269/2014.

que vulnere lo dispuesto en los artículos 3 y 17 de la Ley 41/2002. Dichas normas se entenderían cumplidas con la aportación de los informes ecográficos que, en opinión del Tribunal, acreditan, de manera suficiente, el resultado de las pruebas realizadas; sin que exista ningún elemento que permita dudar de su correspondencia con lo observado en las imágenes ofrecidas por las ecografías realizadas, facilitando a la parte demandante datos suficientes para poder valorar la adecuación de la actuación médica seguida y, en su caso, para poder acreditar que la misma no se correspondía con la exigible según la *lex artis*.

Hay que tener en cuenta, advierte el Tribunal, que la ecografía es muy diferente de la radiografía, en cuanto que la primera se puede definir como una técnica dinámica en la que lo importante es lo que se ve en cada momento y lo que se recoge en el informe que se emite al respecto, de manera que las “fotos” de la ecografía no tienen ningún valor posterior al momento en que son visionadas por el técnico que las realiza.

Por todo ello, concluye el TSJ de Castilla-León que la falta de imágenes de las ecografías realizadas, atendiendo al funcionamiento de esta técnica de diagnóstico, no se considera esencial para poder acreditar si la actuación médica seguida se ha ajustado a la *lex artis* aplicable insistiendo en que los informes emitidos proporcionan datos suficientes para realizar la citada determinación.

En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Castilla-León, Sala Cont.-Adm., de 16 de noviembre de 2015¹³, a propósito de la falta de diagnóstico durante el embarazo de la Tetralogía de Fallot, en relación con la falta de aportación por la Administración sanitaria de todas las imágenes de las ecografías realizadas y la consiguiente inversión de la carga de la prueba. Lo habitual, cuando se realiza una ecografía, señala el Tribunal, es que se conserven las imágenes que el ecografista considera más relevantes, tanto de la normalidad del feto como de las posibles patologías —que fueron conservadas y remitidas al Tribunal—, por lo que no existe motivo para afirmar que ha existido ocultación sino que se ha actuado tal y como siempre se hace, ya que la inversión de la carga de la prueba, con base al *principio de facilidad probatoria*, no significa que deba declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración si no se acredita algún indicio de su existencia.

13 STSJ de Castilla-León (Sala Cont.-Adm., Sección 1ª) de 16 de noviembre de 2015, PO 1035/2012. Ponente: ROJAS DE LA VIUDA, Oscar Luis. Ref. CENDOJ 5385/2015.

Ahondando en el giro doctrinal operado por la referida STS de 20 de noviembre de 2012, afirma el TSJ que los Informes ecográficos «acreditan, de manera suficiente, el resultado de las pruebas realizadas sin que exista ningún elemento que permita dudar de su correspondencia con lo observado en las imágenes ofrecidas por las ecografías», privando incluso a las «imágenes de las ecografías» del carácter de *documento esencial* para acreditar si la actuación médica seguida se ha ajustado a la *lex artis*.

3.2 Pérdida o extravío del partograma y/o los registros de monitorización del parto

Podemos dividir las numerosas Sentencias del TS y de los TSJ, Sala Cont.-Adm., que contemplan la pérdida o extravío de dicha documentación clínica en tres grupos, dependiendo de que la pérdida de los registros, documentos esenciales del parto, pueda o no suplirse con otros medios probatorios.

3.2.1 Inexistencia de otros documentos que permitan valorar la actuación médica

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2015¹⁴, se analizan las consecuencias del extravío de las gráficas de monitorización del parto en relación con una posible infracción de la doctrina de la Sala sobre la facilidad probatoria. El Supremo recuerda el tenor de diversas Sentencias precedentes que contemplan dichos supuestos, todas ellas estimatorias del recurso presentado por los reclamantes, apreciando un funcionamiento anormal de la Administración por las dudas sobre la existencia de monitorización y la imposibilidad de valorar la actuación médica¹⁵.

Aplicando dicha doctrina al caso analizado, el Supremo dispone que constituye una carga procesal exigible a los demandantes la prueba de los hechos en que basan su pretensión, si bien desde el principio de disponibilidad o facilidad probatoria. Pesa sobre la parte actora la carga de probar que hubo hipoxia perinatal y que por falta de vigilancia del bienestar fetal no se advirtió la hipoxia, debiendo acreditar que no

hubo monitorización o de haberla, que no se atendió, «para lo que era prueba esencial el soporte gráfico de la monitorización o la anotación de sus datos».

Obsérvese que la Sala califica de «esencial» bien el «soporte gráfico de la monitorización», es decir, los registros o tiras de monitorización, bien «la anotación de sus datos» en otro documento, por ejemplo, en el partograma, anotación que, si hubiera existido, hubiese sido suficiente para salvar la ausencia de los registros, al permitir valorar si la actuación médica fue correcta.

Así lo corrobora la Sentencia aludida cuando señala que dicha documental no pudo aportarse, bien sea por pérdida o porque no se conservó o porque no hubo anotaciones en el partograma: en definitiva por causa atribuible a la demandada. Esa ausencia de prueba documental no puede perjudicar a quien demanda para concluir que no ha probado los hechos en que basa sus pretensiones, con olvido de que le era imposible hacerlo.

De esta forma el Supremo diferencia «la falta de monitorización», constitutiva, en todo caso, de mala praxis médica, y «la falta de aporte de su registro gráfico o de anotación de los datos de la misma», determinante de la aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba¹⁶.

16 Matiza el TS: «la ausencia de monitorización» y «la falta de aporte de su registro gráfico o de anotación de los datos de la misma» son dos hechos radicalmente distintos en cuanto a la regularidad de la prestación del servicio y sus consecuencias. De no haber esa monitorización cabe entender infringida la *lex artis*. La ausencia del registro o de anotaciones implica que hubo monitorización y tal anomalía en la prestación del servicio surte sus efectos en cuanto a las reglas de la carga de la prueba según la jurisprudencia de esta Sala».

Por no existir una debida monitorización de la paciente en un parto que transcurrió con normalidad sino una vez detectada una deceleración, habiéndose controlado el parto hasta ese momento sólo mediante auscultación con el estetoscopio, se estima que concurre responsabilidad de la Administración sanitaria porque «aunque la falta de bienestar fetal se presente se forma súbita, la realización de un monitor, incluso la monitorización permanente hubiera permitido detectar el primer signo de esa amenaza de pérdida de bienestar fetal.» (STSJ de Murcia, Sala Cont.-Adm, Sección 1ª, de 9 de marzo de 2012, PO 1005/2004, Ponente: URIS LLORET, María Consuelo. Ref. CENDOJ 815/2012).

Muy diferente es el supuesto analizado en la STSJ de Madrid (Sala Cont.-Adm., Sección 10ª) de 23 de junio de 2013, PO 1036/2016, Ponente: FERNÁNDEZ ROMO, María del Mar. Ref. CENDOJ 10154/2014, en el que la falta de monitorización obedece a que la paciente ingresó en periodo expulsivo, con dilatación completa, lo que impedía su monitorización, constando toda la asistencia prestada en la Hoja de embarazo: «[...] ingresó en urgencias en periodo expulsivo con dilatación completa, lo que impedía, sin necesidad de inducción de parto, se aplicaran medidas de diagnóstico de sufrimiento fetal».

14 STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 27 de abril de 2015, Rec. Casación núm. 2114/2013, Ponente: REQUERO IBÁÑEZ, José Luis. Ref. CENDOJ 1713/2015.

15 STS (Sala Cont.-Adm, Sección 6ª) de 2 de noviembre de 2007, Rec. Casación núm. 9309/2203, citada; STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 23 de diciembre de 2009, Rec. Casación núm. 1364/2008; STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 2 de enero de 2012, Rec. Casación núm. 3156/2010 citada.

En el supuesto analizado en la STS, Sala Cont.-Adm., de 6 de mayo de 2015¹⁷, en relación con una encefalopatía post-parto, constata que en el Informe del Jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital se describen pormenorizadamente los datos y las anotaciones contenidos en el partograma, así como el resumen del parto que consta en la historia clínica y los extremos que aparecen en la hoja de protocolo de la intervención por cesárea. Sin embargo, estos documentos no han podido aportarse a las actuaciones judiciales, a pesar de la reiterada petición de los mismos por la parte actora, ya que, según informó a la Sala el Jefe de Grupo de Archivo y Documentación de la Clínica, *«debido al tiempo transcurrido no ha sido posible localizar tales documentos»*. Es más, los peritos especialistas elaboran sus Informes basándose exclusivamente en las referencias contenidas en el Informe del Jefe de Servicio pues no han podido observar las gráficas al haberse extraviado dichos documentos.

Puesto que para la Sala existen en las actuaciones datos que constituyen serios indicios de la causa connatal del retardo mental sufrido o, al menos, que provocan en el Tribunal una *«duda razonable»* sobre la posible existencia de un sufrimiento fetal no debidamente abordado por los servicios médicos que atendieron el parto¹⁸, esa duda razonable podría haberse despejado *«con los documentos (el partograma o la historia clínica) en los que aparecerían consignadas las concretas circunstancias del alumbramiento y que hubieran podido descartar, en su caso, la supuesta hipoxia intraparto aguda»*. Tales documentos, señala la Sala, *«no han sido aportados a las actuaciones a pesar de que, al parecer, sí fueron tenidos a la vista por el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del hospital en el que se produjo la asistencia»*.

Llamamos, de nuevo, la atención sobre el hecho de que el Supremo admite que, en ausencia de las gráficas de monitorización, pese a su importancia, las circunstancias concretas del alumbramiento se podrían haber hecho constar en otros documentos,

17 STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 6 de mayo de 2015, Rec. de Casación 2099/2013, Ponente: CUDERO BLAS, Jesús. Ref. CENDOJ 2135/2015.

18 *«El informe del servicio de neurología pediátrica de 12 de diciembre de 1990, efectuado solo dos años después del parto y en el que se contiene un pormenorizado análisis de la evolución del niño desde su nacimiento, contiene dos afirmaciones que consideramos de particular importancia: la exacta etiología del leve retraso motor y psíquico del paciente “no ha sido filiada” y la secuela que padece (la encefalopatía fija leve-moderada) puede ser “antenatal o perinatal»*.

mencionando *«el partograma o la historia clínica»*, de tal forma que *«hubieran podido descartar, en su caso, la supuesta hipoxia intraparto aguda»*.

Finalmente, el Supremo recoge importantes conclusiones, al señalar que *«la infracción en el caso de la lex artis se asienta en tres proposiciones»*:

- a) La imposibilidad de afirmar, con absoluta certeza, que en la asistencia al parto no existió sufrimiento fetal.
- b) La ausencia, por extravío, de los documentos esenciales en los que se contienen los *«datos y gráficas»* que recogen la forma en que tuvo lugar la asistencia prestada, documentos que la Administración tenía en su poder, que no custodió debidamente y que no han podido ser tenidos en cuenta por la parte actora para defender su pretensión resarcitoria.
- c) La improcedencia de hacer recaer sobre quien defiende la existencia de sufrimiento fetal las consecuencias derivadas de la falta de una documentación que la Administración tenía la obligación de conservar y aportar al proceso judicial y que resultaba *«absolutamente determinante»* para precisar la forma en que la asistencia médica fue prestada.

Idéntico pronunciamiento condenatorio se contiene, ante el extravío de los registros de monitorización de un parto que finaliza con encefalopatía hipóxico-isquémica del recién nacido, en la STS, Sala Cont.-Adm., de 15 de octubre de 2010¹⁹.

A esta última Sentencia del Tribunal Supremo, alude en su FJ Tercero, la Sentencia del TSJ de Castilla y León, Sala Cont.-Adm., de 8 de mayo de 2012²⁰,

19 STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 15 de octubre de 2010, Rec. Casación núm. 441/2009, Ponente: LECUMBERRI MARTI, Enrique. Ref. CENDOJ 5351/2010. Dicha Sentencia confirma la STSJ de Madrid (Sala Cont.-Adm., Sección 8ª) de 30 de septiembre de 2008, PO 534/2005, Ponente: GONZÁLEZ ESCRIBANO, Juan Ignacio. Ref. CENDOJ 17835/2008, que *«teniendo en cuenta la totalidad de la prueba obrante en autos»*, concluye: *«[...] este Tribunal y en relación con la pérdida de documentos señala lo establecido en el artº 17 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre en cuanto a la obligación de los Centros Sanitarios de la custodia de la historia clínica, (...) lo que por una parte determina la conclusión de la Inspector-Médico cuando dice “no ha sido posible demostrar los hechos denunciados debido al extravío de datos clínicos imprescindibles para objetivar la asistencia sanitaria dispensada [...] por la propia Administración se ha privado al particular de sus medios de prueba, lo que no es admisible en derecho»*.

20 STSJ de Castilla y León, (Sala Cont.-Adm., Sección

a propósito de la pérdida del partograma y el registro cardiotocográfico del parto, que finaliza con parálisis cerebral del recién nacido.

La Sentencia califica el partograma y el registro cardiotocográfico de «*documentos absolutamente esenciales para poder verificar la corrección de la asistencia prestada*», «*de un valor clínico decisivo*», cuya pérdida «*debe suponer una inversión de la carga de la prueba*» a tenor de lo dispuesto en el art. 217 de la LEC, que impone al Tribunal tener siempre presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio cuando procede a valorar la carga de la prueba porque —continúa el Tribunal— la única garantía de defensa de que dispone todo paciente es la historia clínica, su indemnidad y su inalterabilidad, legalmente proclamadas. Si la Administración incumple este deber, resulta absolutamente desproporcionado exigir a los administrados la prueba de los hechos en virtud de los cuales se reclama porque ello implicaría, en mayor o menor medida, una suerte de *probatio diabólica*, además de un acicate evidente para que la Administración no custodie en debida forma esa documentación. Puesto que es la Administración quien elabora la historia clínica y se obliga a su custodia, señala la Sentencia, «*si desaparece en un extremo esencial*», como consecuencia de la inversión probatoria, será entonces la Administración quien deba acreditar el origen del daño que se produjo, para, una vez determinado, dilucidar si el mismo era evitable y antijurídico. No se puede permitir —matiza la Sala—, sin consecuencias jurídicas, la desaparición de unos documentos esenciales de la historia clínica.

Para el Tribunal es insostenible la tesis de la irrelevancia de la documentación desaparecida, porque, si así fuera, ¿cómo podría el administrado-paciente cuestionar una actuación clínica, si de la misma no existe reflejo documental? La facilidad de prueba está del lado de la Administración, ella es quien regula la composición de la historia clínica e impone bajo sanción disciplinaria su elaboración y su custodia, y consecuentemente, si por cualquier causa no la aporta a las actuaciones, deberá correr con las consecuencias negativas de su inexistencia, pero nunca sería justo —establece la Sala— ni procesalmente correcto imponer a un tercero, en este caso al paciente, las consecuencias de un grave incumplimiento de la Administración.

En el caso sometido a enjuiciamiento, considera acreditado el Tribunal que, en virtud de las reglas de distribución de la carga de la prueba, y de la que se dispone, se cumplen los requisitos necesarios para poder afirmar que la hipoxia perinatal existió, y que no cabe afirmar con rotundidad que la misma no tuvo su origen intraparto, dada la falta de documentación clínica.

Por último, es necesario insistir, conforme a la doctrina expuesta, en que no se debe confundir la «*ausencia o falta de monitorización*», bien durante la totalidad parto o durante los últimos momentos del mismo²¹, que origina una falta de registros, constitutiva, según los Tribunales, de una mala praxis médica, con la pérdida o extravío de los registros cardiotocográficos realizados, fruto de una correcta monitorización, pero indebidamente conservados

21 Como sucede en la STS (Sala de lo C-A, Sección 4ª) de 24 de julio de 2012, Rec. Casación núm. 2070/2010, Ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, Santiago. Ref. CENDOJ 5504/2012, revocatoria de la Sentencia desestimatoria del TSJ de Aragón, al apreciar defectuosa práctica obstétrica porque: «*No consta registro de la dinámica uterina manual o tocográfica y el registro cardiotocográfico es incompleto (faltan los últimos 10 minutos del periodo expulsivo). Ante los signos de alarma por las alteraciones de la frecuencia cardíaca fetal no consta la intervención de un obstetra ni la suspensión de perfusión de oxitocina. Ante la aparición de signos de sospecha en el registro cardiotocográfico no se comprobó el bienestar fetal por otros medios diagnósticos (pH cuero cabelludo fetal...).* Ante la aparición de un signo patológico en el registro cardiotocográfico (...) no se finalizó o acortó el parto», razón por la que declara la responsabilidad de la Administración.

Igualmente, la falta de monitorización durante los 53 minutos finales del parto, tiempo suficiente para originar la hipoxia en un feto anteriormente sano, se considera por el TSJ de Murcia constitutiva de la vulneración de la *lex artis ad hoc*, ya que: «*Aunque lo más probable es que la hipoxia se produjera durante el periodo expulsivo al venir el feto rodeado con dos vueltas del cordón umbilical (en bandolera y alrededor del tórax), lo que sin duda pudo provocar la falta de flujo sanguíneo desde la madre al feto al tensarse el cordón durante la expulsión y por la falta de colaboración de esta en dicho momento, tal afirmación no pasa de ser una mera conjetura que sin duda habría quedado despejada de haberse continuado con la monitorización ...hasta instantes antes del alumbramiento*». (STSJ de Murcia, Sala Cont.-Adm., Sección 1ª, de 20 de marzo de 2015, PO 1242/2010, Ponente: CASSINELLO GÓMEZ PARDO, Indalecio. Ref. CENDOJ 683/2015.

A diferencia de los supuestos precedentes, la presencia del dato objetivo irrefutable del PH tranquilizador le lleva al TSJ de Murcia, pese a la falta de monitorización durante los 30 ó 45 minutos finales del parto, a considerar irrelevante la ausencia de monitorización durante dicho periodo de tiempo porque «*no puede fundarse una reclamación de responsabilidad patrimonial, un nexo de causalidad y la acogida de una pretensión indemnizatoria en la ausencia de registro de monitorización durante media hora o 45 minutos máxime cuando se había realizado ya, siguiendo correctamente los protocolos obstétricos, una prueba de pH que resultó tranquilizadora y que, al parecer, ofrece muchas más garantías que un registro cardiotocográfico*». (STSJ de Murcia, Sala Cont.-Adm., Sección 1ª, de 8 de febrero de 2013, PO 109/2005, Ponente: URIS LLORET, María Consuelo. Ref. CENDOJ 234/2013.

3ª) de 8 de mayo de 2012, PO 1324/2006, ZATARAÍN y VAL-DEMORO, Franciso Javier. Ref. CENDOJ 2699/2012.

por el centro sanitario, único supuesto analizado en el presente trabajo.

3.2.2 Existencia de otros documentos probatorios²² que permiten acreditar, pese al extravío de documentos esenciales, la corrección de la actuación médica

Podemos citar aquí varias Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, que, acogiendo la doctrina del propio Tribunal Supremo²³ expresamente admiten la posibilidad de que, ante el extravío de los registros, la consiguiente duda razonable sobre la adecuada monitorización del parto pueda despejarse «con los documentos (el partograma o la historia clínica) en los que aparecerían consignadas las concretas circunstancias del alumbramiento y que hubieran podido descartar, en su caso, la supuesta hipoxia intraparto aguda».

Así, la STSJ de Madrid, Sala Cont.-Adm., de 22 de enero de 2016²⁴, analiza la posible mala praxis en un parto que finaliza con encefalopatía hipóxico-isquémica del recién nacido por sufrimiento fetal, con extravío de los registros cardiográficos, lo que, matiza la Sala, determina la consiguiente inversión de la carga de la prueba. El órgano judicial, pese al extravío de los registros, valorando toda la historia clínica y en particular las «anotaciones en la Hoja de partograma», donde consta anotada la evolución del parto, considera que no puede estimarse la concurrencia de mala praxis.

Señala el Tribunal que en la hoja de partograma se realizan las anotaciones de la evolución del parto, constando que la cesárea se realizó a la mayor urgencia, que resultó fallido el intento de ventosa y que se descartó una segunda maniobra para evitar precisamente tal sufrimiento fetal; todo ello se puede inferir

de dicho documento, a pesar de la no constancia en la historia clínica de la correspondiente monitorización.

En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Murcia, Sala Cont.-Adm., de 8 de febrero de 2013²⁵. Se trata de una encefalopatía hipóxico-isquémica del menor tras el parto, si bien la Administración no pudo aportar al proceso los registros en papel de la monitorización porque «no había, en la fecha de los hechos (1996), registro “en papel” sino que era “en pantalla”», siendo completa la monitorización hasta 30-45 minutos antes de finalizar el parto, coincidiendo con el momento en el que la paciente pasó al paritorio.

El TSJ de Murcia, analizando el resto de la historia clínica, y concretamente las anotaciones que constan en el partograma, donde figura anotado que el PH realizado fue normal —prueba de mayor fiabilidad que los registros—, concluye que la actuación médica fue correcta ya que en el partograma constan anotadas las distintas condiciones al ingreso de la paciente en el área de partos, y las diferentes actuaciones que se llevaron a cabo, por lo que, razona la Sala, «la presencia de algún otro signo no tranquilizador no hubiera evitado el transcurso de un cierto tiempo hasta la extracción del feto».

3.2.3 Acreditación de la buena praxis mediante otras pruebas (testificales) pese al extravío de documentos esenciales

Un caso ciertamente minoritario en la doctrina de los Tribunales lo constituye la STSJ de Valencia, Sala Cont.-Adm., de 11 de octubre de 2011²⁶.

A propósito de una «*asfíxia perinatal*» con pérdida por la Administración de los registros de monitorización, otorga valor suficiente a las declaraciones en vía penal de los facultativos intervinientes.

Considera la Sala que se trata de la no constancia documental o gráfica del registro cardiocardiográfico del parto que hubiera demostrado, sin lugar a dudas, si hubo o no sufrimiento fetal por falta de oxígeno durante el mismo, siendo reprochable esta desaparición documental en el juicio penal previo, durante el cual, todos los facultativos intervinientes, en su

22 STS de Madrid (Sala Cont.-Adm., Sección 8ª) de 30 de septiembre de 2008, PO 534/2005, Ponente: GONZÁLEZ ESCRIBANO, Juan Ignacio. Ref. CENDOJ 17385/2008: «En el supuesto de autos, el Consejo de Estado, en su dictamen unido a autos señala que si bien la pérdida de documentos que impide probar totalmente el relato fáctico no puede perjudicar a los reclamantes, ello no excluye la posible existencia de otros instrumentos probatorios especialmente si mediante los mismos puede llegarse a una razonable descripción de los hechos que pueden declararse probados; concluyendo que debe valorarse la prueba en su conjunto».

23 Sentencia aludida de 27 de abril de 2015, Rec. Casación núm. 2114/2013.

24 STSJ de Madrid (Sala Cont.-Adm., Sección 10ª) de 22 de enero de 2016, PO 342/2013, Ponente: FERNÁNDEZ ROMO, María del Mar. Ref. CENDOJ 272/2016.

25 STSJ de Murcia (Sala Cont.-Adm., Sección 1ª) de 8 de febrero de 2013, PO 109/2005, Ponente: URIS LLORET, María Consuelo. Ref. CENDOJ 234/2013.

26 STSJ de Valencia (Sala Cont.-Adm., Sección 2ª) de 11 de octubre de 2011, PO 183/2009, Ponente: OCHOA MONZO, Josep. Ref. CENDOJ 6721/2011.

declaración testifical, afirmaron que «no observaron ninguna irregularidad», por lo que, para la Sala, no cabe concluir que, faltando el registro, haya una prueba fehaciente del nexo causal ya que «lo que no está, ni beneficia ni perjudica a nadie por un elemental principio de carga de la prueba».

Obviamente, no podemos compartir esta última afirmación desde el momento en el que los registros —como queda acreditado con la doctrina jurisprudencial expuesta²⁷—, son un *documento esencial* cuyo extravío o pérdida por la Administración, obligada a su custodia, invierte la carga de la prueba, obligando a la Administración a acreditar que actuó correctamente.

4. Pérdida o extravío del «Documento de consentimiento informado»

El extravío o pérdida del documento de consentimiento informado previamente existente se aborda también por la jurisprudencia, si bien no de forma tan prolija como en los supuestos anteriormente expuestos.

En relación con el consentimiento, los Tribunales se detienen más en resolver los problemas derivados de la falta de entrega al paciente del documento de consentimiento informado, de su irregular confección o el déficit de la información facilitada.

Analizaremos únicamente las Sentencias que aluden a su extravío, contraponiéndose los pronunciamientos judiciales que aprecian, por virtud de dicho extravío, una infracción de la *lex artis*²⁸, frente

27 Recordemos que la aludida STS (Sala Cont.-Adm., Sección 6ª) de 2 de noviembre de 2007, Rec. Casación núm. 9309/2003, Ponente: HERRERO PINA, Octavio Juan. Ref. CENDOJ 7508/2207, en relación con la falta de aportación por la Administración de los registros de monitorización del parto, revoca la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala Cont.-Adm.) de 24 de septiembre de 2003, Rec. núm. 74/2002, que salvaba dicha carencia con la valoración de las declaraciones testificales de la Matrona y Ginecólogo intervinientes.

28 « (...), tal vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la “lex artis ad hoc”, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudi-

a aquellos otros que, por la vía de las presunciones, merced a las declaraciones testificales de los profesionales intervinientes, anotaciones de la historia clínica²⁹ y/o la propia actuación de la parte reclamante, deducen que al paciente se le entregó dicho documento y fue debidamente informado.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de octubre de 2012³⁰, considera acreditado que no se ha evidenciado el documento escrito del consentimiento informado, aunque pudiera haber existido, y no se ha acreditado la existencia de una información adecuada a la cirugía que comprendiera los graves riesgos que la intervención llevaba consigo. Constatando la inexistencia de mala praxis médica, aprecia el TSJ de Madrid, inicialmente, y el TS, después, un daño moral causado al paciente precisamente por la pérdida de oportunidad del derecho del paciente a decidir lo que crea más oportuno en orden a la actuación médica.

Igualmente, aprecia responsabilidad de la Administración sanitaria, al haberse extraviado el documento de consentimiento informado, el TSJ de Castilla-León, en su Sentencia de 13 de julio de 2012³¹, afirmando que hubo una infracción de la *lex artis* en su vertiente de exigencia del oportuno documento de consentimiento informado³² habida cuenta las dudas

cial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria» (STS, Sala Cont.-Adm., Sección 4ª, de 3 de abril de 2012, Rec. Casación núm. 1464/2011, Ponente: LECUMBERRI MARTI, Enrique. Ref. CENDOJ 2755/2012).

29 En relación con dichas anotaciones clínicas, la STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 3 de abril de 2012, Rec. Casación núm. 1464/2011, Ponente: LECUMBERRI MARTI, Enrique. Ref. CENDOJ 2755/2012 señala: «Tal información no puede deducirse exclusivamente de una intervención tres años antes y de un apunte en las hojas de enfermería, sino que debe constatar y evidenciarse con claridad por parte de los profesionales que asisten al paciente, asegurando que el paciente comprende y asume no solo la realización de la intervención sino también las diversas posibilidades, riesgos, alternativas, etc. Tal interpretación es la que se extrae de los artículos citados por la recurrente 4 y 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica».

30 STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 9 de octubre de 2012, Rec. Casación núm. 5450/2011, Ponente: LECUMBERRI MARTI, Enrique. Ref. CENDOJ 6519/2012. Confirma el Supremo la STSJ de Madrid (Sala Cont.-Adm., Sección 8ª) de 30 de junio de 2011, PO 582/2009, Ponente: VEGAS VALIENTE, Miguel Ángel. Ref. CENDOJ 9952/2011.

31 STSJ de Castilla-León (Sala de lo C-A, Sección 3ª) de 13 de julio de 2012, PO 2742/2008, Ponente: PARDO MUÑOZ, Francisco Javier. Ref. CENDOJ 3813/2012.

32 La regulación del consentimiento informado ha sido reforzada por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones

que la causa arroja secuentes a una radical discrepancia entre lo que los facultativos aseguran se hizo — firma de consentimiento y actuación inmediata tras la complicación— y lo que se estima acreditado como consecuencia de la distribución formal de la carga de la prueba en la que ha tenido singular trascendencia el hecho inexplicable de la desaparición de gran parte de la historia clínica relativa al episodio cuestionado, añadiendo que *«no cabe estimar acreditado por la simple mención del cirujano en su informe tras la reclamación —no ratificada en vía judicial—, unida a su ausencia en la historia clínica, que el paciente firmara además el consentimiento informado específico de la intervención»*.

Sin embargo, el TSJ de Madrid, en su Sentencia de 9 de diciembre de 2010³³ deduce racionalmente la existencia de consentimiento informado previo para cirugía laparoscópica, pese a su extravío, de las manifestaciones del Jefe del Servicio de Ginecología y de la existencia de consentimiento informado para anestesia y laparoscopia diagnóstica previa, así como de la propia actitud de la recurrente en vía administrativa³⁴.

También la Audiencia Nacional, Sala Cont.-Adm., Sección 4ª, en su Sentencia de 20 de septiembre de 2000³⁵, a propósito del documento de consentimiento

en materia de información y documentación clínica (LAP), que dispone en su art. 8 que: «1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso. 2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. 3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos».

33 STSJ de Madrid (Sala de lo C-A, Sección 8ª) de 9 de diciembre de 2010, PO 451/2009, Ponente: VEGAS VALIENTE, Miguel Ángel. Ref. CENDOJ 18366/2010.

34 *«no cabe afirmar que no existiera un consentimiento informado de la recurrente, como sostiene la demanda por primera vez, ya que en la reclamación previa nada se dijo sobre esta circunstancia, lo que prueba que la causa de la reclamación no fue debida a la falta de consentimiento, y que éste se produjo efectivamente»*[...] *«aunque no conste en el expediente el escrito firmado por ella, cuya voluntad de ser intervenida se muestra de total evidencia al tratarse de una intervención programada tiempo atrás al día de su realización, ya que como corrobora el informe de la Jefa de Admisión y Documentación Clínica para incluir a una paciente en Lista de Espera Quirúrgica se requería además de la solicitud para esta inclusión, la prestación del consentimiento informado»*.

35 SAN (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 20 de sep-

informado firmado pero extraviado, acude a la *prueba de presunciones* para considerar acreditada la información facilitada, basándose en las declaraciones testificales³⁶.

Finalmente, después de señalar la Audiencia Nacional que la carga de la prueba de la existencia de consentimiento se desplaza a la Administración, por virtud del principio de inversión de la carga de la prueba porque *«la prueba de la ausencia de consentimiento, al ser un hecho negativo, no corresponde al que lo alega sino a quien lo niega con el consiguiente desplazamiento de la carga de la prueba, lo que en este caso se ha hecho tanto en vía Administrativa como judicial por la Administración»*, concluye que, del conjunto de actuaciones tanto administrativas como ya en autos, se deduce que o bien se extravió el impreso firmado o bien se realizó verbalmente, siendo, a estos efectos, secundario el elemento formal en el modo de recabarse, por lo que hay base para llegar a la presunción de que se recabó el consentimiento al margen de cómo se formalizase³⁷.

Por su parte, en la Sentencia de 17 de noviembre de 2014, la Audiencia Nacional³⁸, después de señalar que *«su ausencia en sí y por sí misma no tiene por qué generar automáticamente responsabilidad como causa del daño»*, destaca, una vez más, la posibilidad de deducir la existencia del consentimiento informado *«por presunciones»*³⁹.

tiembre de 2000, Rec. 1434/1998, Ponente: REQUERO IBÁÑEZ, José Luis. Ref. CENDOJ 5543/2000.

36 *«[...] del doctor del Área de Neurocirugía, de una enfermera y un enfermero que declaran que la actora fue informada de las complicaciones de la embolización y que firmó el consentimiento, si bien no apareció y que en todo caso, ese tipo de intervenciones no comienzan sin antes recabarlo»*. Y añade: *«Que ya en autos, en la testifical practicada declaran aquellos testigos más el Médico Adjunto del Servicio, y manifiesta que se informó a la familia de los riesgos, se firmó el consentimiento, se extravió y que no se registra en archivo alguno y no se une a la historia clínica del paciente»*.

37 Esta SAN fue confirmada por la STS (Sala Cont.-Adm, Sección 6ª) de 26 de noviembre de 2004, Rec. Casación núm. 280/2001, Ponente: ROBLES FERNÁNDEZ, Margarita. Ref. CENDOJ 7721/2004.

38 SAN (Sala Cont.-Adm, Sección 6ª) de 17 de noviembre de 2014, Rec.389/2013; Ponente: FERNÁNDEZ DOZAGARAT, Begoña. Ref. CENDOJ 4383/2014.

39 *«Hay que decir que, aun cuando la responsabilidad sea objetiva y ajena a la idea de culpa o negligencia, el derecho a ser resarcido surge si la información, por ser errónea, provoca un consentimiento viciado de raíz o desde la prueba de la inexistencia del consentimiento informado, al no constar ni siquiera una base para deducirlo por presunciones, (...) se deduce que de haber mediado la información —y así el consentimiento informado— el paciente habría rechazado el tratamiento prestado o habría interesado otro parecer facultativo tanto*

5. Pérdida o extravío de otras pruebas o documentos clínicos.

En este último grupo de Sentencias se analiza la pérdida o extravío de otros documentos clínicos, donde lo relevante, es que puedan o no ser considerados como documentos esenciales.

Así, se consideran documentos no esenciales de la historia clínica las Radiografías extraviadas en la STSJ de Castilla-León de 22 de enero de 2016⁴⁰. El Tribunal señala que, aun aceptando la inversión de la carga de la prueba por mor del extravío citado, lo que ha quedado acreditado, sin duda, ha sido la inexistencia de mala praxis y una total corrección de la asistencia sanitaria prestada. Inversión de carga de la prueba, puntualiza el Tribunal, no significa imposibilidad probatoria, sino simplemente el cambio de la obligación que tiene el Tribunal de atribuir a una u otra parte la carga probatoria, añadiendo que, si bien la Administración demandada inicialmente no tiene que acreditar que ha actuado conforme a la *lex artis* —pues su infracción debe acreditarla la parte actora—, sí ha acreditado haberla cumplido.

En cambio, el extravío de la radiografía de tórax por la Administración, impidiendo que «*se efectúen suposiciones y conjeturas en relación con la neumonía que pudiera haber sufrido el fallecido, como productora del fatal desenlace*», lleva al TSJ de Madrid a estimar que concurre responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria porque no se valoraron adecuadamente las alteraciones presentes en la radiografía de tórax con carácter previo a la realización de la intervención programada. Y como la obligación de aportar la historia clínica es carga de quien la tiene en su poder, su ausencia no puede perjudicar la pretensión de la parte recurrente, quien con ese actuar administrativo se ve imposibilitado para demostrar la veracidad de sus afirmaciones consistentes en que se produjo una desatención médica pese a la neumonía que revelaba la radiografía de referencia, afirmación cuya veracidad no puede constatarse, dado el incumplimiento de la obligación de la Administración de guarda y custodia y, por tanto, de remisión al Tribunal de la historia médica completa del paciente⁴¹.

para el diagnóstico como para el tratamiento».

40 STSJ de Castilla-León (Sala Cont.-Adm., Sección 3ª) de 22 de enero de 2016, PO 1325/2013, Ponente: ZATARAÍN y VALDEMORO, Francisco Javier. Ref. C ENDOJ 478/2016.

41 STSJ de Madrid (Sala Cont.-Adm., Sección 10ª) de 3 de marzo de 2014, PO 1137/2011, Ponente: ALVAREZ THEUERER, Carmen. Ref. CENDOJ 2436/2014.

También, por no disipar las dudas en relación «*al momento en el que se aplica el fórceps*», la STSJ de Castilla-La Mancha (Sala Cont.-Adm.) de 1 de julio de 2013⁴², valora dichas dudas en contra de la Administración sanitaria, en cuanto obligada a «*documentar los hechos*» y «*despejar totalmente las dudas que pudieran existir*».

Del mismo modo, por existir una «*irregularidad en la asistencia sanitaria*» en cuanto que, al haberse extraviado la historia clínica referida al tratamiento en la Unidad de Coronaria durante los días previos y el del fallecimiento, impidiendo conocer los detalles de las características de éste, «*no ha permitido conocer el alcance que habría tenido la evolución de la salud de la paciente de haberse adoptado la prudente decisión de ordenar su ingreso en el Hospital*», determina que se aprecie la responsabilidad patrimonial de la Administración⁴³.

6. La pérdida o extravío de la historia clínica carece de relevancia jurídica cuando no tiene relación con la asistencia prestada

Citaremos un ejemplo en relación con la pérdida de los registros de monitorización, si bien es importante señalar que se trata de una doctrina aplicable a la pérdida o extravío de cualquier documentación clínica.

Si dicha pérdida no guarda relación con la asistencia prestada, aunque se trate incluso de documentos, en condiciones normales, esenciales, carece de relevancia jurídica.

Así, dispone la STSJ de Madrid de 6 de julio de 2010⁴⁴, en un caso de sufrimiento fetal, al haberse extraviado los registros cardiotocográficos, que dicho extravío carece de relevancia porque ni la monitorización ni la amniocentesis son susceptibles de detectar el síndrome de Wolf-Hirschhorn, alteración cromosómica inusual que padece el menor, sólo diagnosticable tras el nacimiento mediante técnicas especiales de alta resolución⁴⁵.

42 STSJ de Castilla-La Mancha (Sala Cont.-Adm., Sección 1ª) de 1 de julio de 2013, PO 359/2011, Ponente: RODRIGUEZ GONZÁLEZ, Antonio. Ref. CENDOJ 2072/2013.

43 STSJ de Extremadura (Sala de lo C-A, Sección 1ª) de 23 de noviembre de 2010, PO 289/2010, Ponente: OLEA GODOY, Wenceslao Francisco. Ref. CENDOJ 20928/2010.

44 STSJ de Madrid (Sala Cont.-Adm., Sección 9ª) de 6 de julio de 2010, PO 566/2005, Ponente: HUET DE SANDE, Angeles. Ref. CENDOJ 9978/2010.

45 Con relación a esta Sentencia, dispone la STSJ de

Igualmente, la Sentencia del TSJ de Castilla-León de 13 de julio de 2012⁴⁶, considera que carece de total relevancia la ausencia de la documentación relativa a las pruebas previas a la intervención que los distintos informes de alta afirman reconocen como realizadas —estudios hormonales, electrocardiograma, valoración anestésica y preoperatoria— pues no guardan relación alguna con la complicación postquirúrgica consistente en hematoma asfíctico sufrido por el actor una vez fue traslado de la Unidad de Reanimación a la planta de cirugía, no habiéndose identificado por la literatura factores de riesgo que permitan predecir qué pacientes desarrollarán un hematoma asfíctico.

III. CONCLUSIONES

1. La pérdida o extravío de la historia clínica por la Administración determina la inversión de la carga de la prueba, por aplicación de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, de forma que la Administración queda obligada a acreditar que, pese a la documentación extraviada, la actuación médica no documentada fue correcta.
2. Como regla general, conforme a la doctrina jurisprudencial, la pérdida o extravío de la historia clínica o parte de la misma, ya sea en soporte papel o electrónica, no debe conllevar la declaración automática de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria cuando su ausencia no ha impedido que el Tribunal pueda formar su convicción sobre actuación médica observada, más allá de toda duda, con el resto del historial médico.
3. Dicha doctrina resulta aplicable incluso en los supuestos en los que se extravíen o pierdan documentos esenciales de la Historia Clínica, de valor clínico decisivo para verificar la corrección de la asistencia médica, si la información que debían proporcionar dichos documentos se refleja, de forma minuciosa, en otros documentos de la historia clínica o se acredita por otros medios probatorios.

4. Sin embargo, dicha doctrina no resulta de aplicación cuando se extravían documentos esenciales de la Historia clínica, sin que el resto del historial médico permita al Juzgado o Tribunal, conocer más allá de toda duda, si la actuación médica se adecuó a la *lex artis ad hoc*. En estos supuestos, se declara por los Tribunales, de forma automática la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria porque la ausencia, por extravío, de los documentos esenciales impide afirmar, con absoluta certeza, que la asistencia sanitaria fue correcta; no se puede hacer recaer sobre la parte actora las consecuencias derivadas de la falta de una documentación que la Administración tenía la obligación de conservar y aportar al proceso judicial.
5. El extravío de la historia clínica carece de relevancia jurídica cuando no guarda relación con la asistencia prestada.
6. Si bien es cierto que la Historia Clínica electrónica proporciona una mayor garantía de seguridad, no está exenta de riesgos: inoperatividad momentánea del sistema informático con la posible pérdida de la información registrada o falta de traspaso por los profesionales al programa electrónico de la información consignada, durante cierto tiempo, en soporte papel; necesidad de archivar, de forma independiente, ciertas pruebas por su peculiar formato (registros del parto), o de escanear en su integridad los consentimientos firmados por ser la única forma de acreditar su suscripción; la no conservación de las ecografías originales, más allá de cierto tiempo, por los Servicios clínicos, etc.

IV. REFLEXIONES FINALES

Del precedente estudio jurisprudencial podemos extraer las siguientes consecuencias prácticas para el quehacer diario de los profesionales sanitarios:

- a) La conveniencia de anotar siempre en la historia clínica, de forma minuciosa, el resultado de los registros y la información facilitada al paciente; relatar con detenimiento en los respectivos informes clínicos emitidos el resultado de las ecografías, radiografías u otras pruebas gráficas realizadas; y, en general, proceder de dicha forma siempre que se trae de documentos esenciales de la actuación médica.

Castilla-León (Sala de lo C-A, Sección 3ª) de 8 de mayo de 2012, PO 1324/2006, Ponente: ZATARAÍN y VALDEMORO. Ref. CENDOJ 2699/2012: «La STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sec. 9ª, s 6-7-2010, rec.566/2005, no dio importancia a ese extravío pues las lesiones eran atribuibles a un síndrome concreto, y cuya prueba y existencia era totalmente ajeno a la pérdida documental».

46 STSJ de Castilla-León (Sala Cont.-Adm., Sección 3ª) de 13 de julio de 2012, PO 2742/2008, Ponente: PARDO MUÑOZ, Francisco Javier. Ref. CENDOJ 3813/2012.

- b) Insisto en que resulta esencial anotar en la historia clínica el resultado de las pruebas clínicas realizadas; no siendo suficiente la incorporación de las mismas, ante la eventualidad de que llegado el momento finalmente no aparecieran. Téngase en cuenta que entre la realización de la prueba y el requerimiento judicial de su aportación puede mediar un importante lapso de tiempo.
- c) Anotar la entrega del consentimiento informado y el contenido de la información facilitada, así como que el paciente firma y acepta. Todo ello sin perjuicio de que la historia clínica electrónica no puede servir de excusa para no incorporar a la misma todos los consentimientos informados y pruebas realizadas, independientemente de su formato.
- d) Todo ello exige, sin duda, un esfuerzo adicional por parte de los profesionales sanitarios en el traspaso de datos a la historia clínica electrónica, pero, en compensación, contarán con un medio probatorio privilegiado y excelente de las decisiones médicas adoptadas, que les permitirá subsanar eventuales extravíos o pérdidas y, en definitiva, defender su intervención. Téngase en cuenta que, aunque la actuación médica haya sido respetuosa con la *lex artis*, el deficiente tratamiento o conservación de la historia clínica puede implicar una condena ante los tribunales si se carece de la prueba documental que permita acreditarlo.
- e) Finalmente, adoptar las cautelas necesarias para evitar el extravío de de la historia clínica, ya sea porque se traspapele o, de ser electrónica, porque se borre accidentalmente.

JURISPRUDENCIA E INFORMES

*Sección a cargo de Vicente Lomas Hernández
Doctor en Derecho - Lcdo. en CC. Políticas
Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica
Servicio de Salud de Castilla – La Mancha*

PRESTACIONES SANITARIAS

1. INSTRUCCIÓN Nº 4/2014, DE 31 DE JULIO DE PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA EN LOS CENTROS DEL SERVICIO MURCIANO DE SALUD, A LOS EXTRANJEROS QUE SE ENCUENTREN EN LAS SITUACIONES ESPECIALES RECOGIDAS EN EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 16/2003, DE 28 DE MAYO DE 2003.

Dicha Instrucción regula la extensión de la asistencia sanitaria pública en supuestos especiales, tanto la asistencia de urgencia por enfermedad grave o accidente, la asistencia al embarazo, parto y postparto, como la asistencia a extranjeros menores de 18 años, así como los requisitos para su acreditación documental.

En concreto, se les hará entrega de un documento acreditativo de su condición como usuarios del SMS que en el caso de la asistencia sanitaria por urgencia tendrá una duración máxima de tres meses prorrogables por otros tres meses más, siendo preciso un informe favorable de la DG de AS para el caso de exceder los seis meses.

En el caso del embarazo, parto y posparto, el documento extenderá su vigencia hasta tres meses después de la fecha probable de parto.

Para los menores de 18 años, a partir del primer año de vida el documento se expedirá por cuatro años renovables hasta la mayoría de edad. En el caso de falta de renovación podrá ser nuevamente dado de alta

pero siempre que presente el documento de empadronamiento, un requisito que no exige la legislación estatal ya que para acceder a la asistencia sanitaria en estos supuestos basta con tener la condición de extranjero no registrado ni autorizado como residente en nuestro país.

Los extranjeros menores de dieciocho años y las mujeres extranjeras embarazadas no registrados ni autorizados como residentes en España.

2. LA CRIOTERAPIA ESTÁ INCLUIDA EN LA CARTERA DE SERVICIOS DEL SNS. STSJ DE CASTILLA Y LEÓN, DE 8 DE JULIO DE 2014, Nº 1479/2014.

Paciente oncológico adscrito a MUFACE que reclama el reintegro de los gastos sanitarios por haberse sometido a un tratamiento de cáncer de próstata a través de la técnica de la crioterapia. Consta que la crioterapia no se encuentra comprendida dentro de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, pero que el Servicio de Salud de Castilla y León sí lo aplica.

La Sala estima la pretensión de reembolso del paciente ya que la acción protectora del Régimen de Seguridad Social de los Funcionarios es similar al del SNS, de modo que el referente para determinar el nivel de prestaciones en el ámbito de cada Comunidad Autónoma, debe ser el del respectivo servicio autonómico de salud.

3. DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA POR CONDICIONES SANITARIAS INSATISFACTORIAS EN ESTADO DE ORIGEN. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 9 DE OCTUBRE DE 2014 ASUNTO C-268/13.

Mujer que padece desde hace varios años enfermedades vasculares graves. Las distintas pruebas médicas a la que se ha sometido aconsejan que se le practique una operación a corazón abierto para sustituir la válvula mitral e implantar dos endoprótesis vasculares.

La interesada al considerar que las condiciones materiales del hospital al que fue derivada eran insatisfactorias para someterse con éxito a tal operación, decidió acudir a una clínica privada en Alemania, si bien con anterioridad solicitó de la Administración de su país que asumiera el coste de la operación, petición ésta que le fue denegada.

Desde el punto de vista del Derecho Comunitario la autorización requerida no puede negarse cuando la asistencia hospitalaria de que se trata no puede dispensarse en tiempo útil en el Estado miembro de residencia. Para poder apreciar si un tratamiento puede obtenerse en tiempo útil en el Estado miembro de la residencia, se ha de tomar en consideración todas las circunstancias de cada caso concreto, entre las cuales puede encontrarse una falta de medicamentos y de material sanitario de primera necesidad que haga imposible dispensar en tiempo útil en el Estado miembro de residencia, un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia.

Ahora bien dicha imposibilidad debe apreciarse en el conjunto de los hospitales del Estado miembro de la residencia que pueden dispensar la asistencia de qué se trata, y a la vista del lapso de tiempo durante el que esta última pueda obtenerse en tiempo útil.

4. DERECHO A LA DISPENSA GRATUITA DE MATERIAL FUNGIBLE PARA SISTEMA DE MONITORIZACIÓN CONTINUA DE GLUCOSA EN TIEMPO REAL. STSJ DE CLM DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2014, N° 1332.

La Sentencia de instancia reconoce el derecho del recurrente a que se le reintegren los gastos sanitarios y que se reconozca su derecho a la dispensa gratuita con cargo al Sescam del material fungible necesario para poder utilizar el sistema de monitorización continua de glucosa en tiempo real.

La Administración opuso que el aparato adquirido por el recurrente no se encuentra incluido dentro del Anexo III del RD 1030/2006 por no tratarse de un procedimiento médico para “curar” sino para “medir”, por lo que no puede tener la consideración de prestación de carácter médico. Dos son los factores que adquieren una importancia decisiva para resolver la cuestión suscitada:

1. La gravedad de la enfermedad padecida por el demandante
2. El aparato de monitorización continua de glucosa le fue recomendado por el Servicio de Endocrinología como mejor tratamiento alternativo indicado para la situación del paciente.

Queda acreditado que no se obtenían resultados satisfactorios con otros tratamientos llegando a correr peligro su vida por ello (hipoglucemias graves nocturnas), por lo que está plenamente justificado que el paciente procediera de forma directa a la adquisición del aparato ante la falta de suministro por parte del Servicio de Salud.

La STSJ de CLM estima el recurso de suplicación interpuesto por la Administración por dos motivos:

- 1º El aparato de monitorización continua de glucosa en tiempo real no consta incluido a día de hoy en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud.

Como recoge la Sentencia “*La inclusión de nuevos tratamientos, técnicas o procedimientos para adecuarse a los avances tecnológicos y a las necesidades cambiantes de la población, así previsto en el RD 1030/2006 como uno de sus objetivos, habrá de hacerse por el cauce establecido en dicha norma, lo que no puede ser suplido por este Tribunal, salvo que se advirtiese la existencia de urgencia vital, ello naturalmente sin perjuicio de la existencia de responsabilidad a la Administración si se considerase como un funcionamiento anormal del servicio público...*”

- 2º No concurre el requisito de urgencia vital, sin que a ello pueda obstar el hecho de que el producto sanitario fuera o no recomendado por un especialista de la sanidad pública.

CONTRATACIÓN PÚBLICA

I. MEDICAMENTOS-CONTRATACIÓN PÚBLICA Y FUNCIONES DEL PERSONAL ESTATUTARIO

1. LGURM Y CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE DISTRIBUCIÓN Y ENTREGA DE MEDICAMENTOS HOSPITALARIOS. RESOLUCIÓN DEL TACRC DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, N° 124/2014, DE 19 DE MAYO DE 2014.

Es objeto de impugnación el criterio de adjudicación consistente en la presentación de un proyecto para llevar a cabo la distribución logística del objeto del contrato a los distintos almacenes de consumo de centros hospitalarios, así como la dotación de medios humanos y técnicos para la realización de estas tareas.

Asimismo se incluye como criterio de adjudicación en cuanto a la distribución y entrega en los centros y almacenes de consumo de los Hospitales de la provincia de Córdoba, la presentación de un proyecto de actuación logística conforme al cual serán por cuenta del adjudicatario los gastos derivados de la aplicación de los criterios de logística, distribución y entrega de los productos de dichos centros.

A juicio de la Asociación recurrente, no es lícito imponer al adjudicatario la obligación de entrega del medicamento en una multitud de unidades médicas ya que la entrega física de medicamentos en aquellos lugares- que son dependencias distintas del servicio de farmacia- es una infracción administrativa grave tipificada en la LGURM, y que la labor de dispensación de los medicamentos corresponde en exclusiva a los servicios de farmacia.

La Resolución del TARC de Andalucía considera que según los PPT la distribución de los medicamentos en los almacenes de consumo de los centros sanitarios solo significa que la empresa adjudicataria debe entregar los mismos en dichos lugares, es decir la distribución logística en los almacenes no sería más que la materialización de la obligación prevista en el art. 292.1 del TRCSP.

Por tanto la distribución del medicamento entendida como entrega física y recepción del mismo en el almacén, es un paso previo y totalmente distinto a la dispensación que, en el ámbito sanitario corresponde exclusivamente al servicio de farmacia.

Por otra parte la LGURM no obliga a efectuar físicamente la entrega de los medicamentos en el servicio de farmacia, como tampoco exige que la entrega de los medicamentos en almacenes de consumo o unidades clínicas en planta de hospitalización, exija la actuación personal del farmacéutico responsable.

2. NO SE PUEDE OBLIGAR AL CONTRATISTA A DISTRIBUIR LOS MEDICAMENTOS UNA VEZ RECIBIDOS EN EL ALMACÉN DE FARMACIA. RESOLUCIÓN DEL TACRC N° 393/2014, DE 19 DE MAYO.

Se impugna el pliego que impone la obligación de entregar los productos objeto de contratación en el lugar en el que les indiquen los respectivos Servicios de Farmacia, y además la recurrente considera que no cabe contemplar como criterio de valoración la existencia de un Plan de Distribución en función de la eficiencia que presenten en la distribución de la fluidoterapia dentro de los centros hospitalarios, toda vez que la normativa sectorial establece normas estrictas sobre la distribución de medicamentos.

Sobre la primera de las cuestiones, la Resolución señala que del pliego lo que se deduce es que los Servicios de Farmacia indicarán un lugar de entrega y debe presumirse que dicho lugar estará habilitado legalmente para ello.

Sobre la segunda de las cuestiones suscitadas, el pliego impone al adjudicatario la obligación de, una vez entregado el producto, efectuar la distribución interior del mismo desde el almacén de farmacia. Según el órgano administrativo lo que se pretende imponer al adjudicatario es una obligación que va más allá de las propias del contrato de suministro pues el adjudicatario deberá además distribuir el producto una vez recepcionado. Esta obligación supone introducir una prestación no subsumible en el concepto de contrato de suministro, y por tanto una variación del objeto del mismo a través de los criterios de adjudicación.

Tratándose por tanto de una nueva obligación resulta necesario que al menos se encuentre definida con suficiente precisión, lo que no sucede en el presente caso ya que los licitadores no conocen el alcance de la misma, el reparto de los derechos y obligaciones, así como la responsabilidad sobre el producto en esa fase de ejecución del contrato.

En relación con las funciones del personal de almacén y la recepción y distribución de medicamentos, invito a leer la siguiente resolución judicial.

3. FUNCIONES DE LOS CELADORES EN CUANTO A RECEPCIÓN DE ARTÍCULOS EN EL ALMACÉN DE FARMACIA. SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 1 DE GUADALAJARA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2013, Nº 326.

La cuestión litigiosa versa sobre las funciones de los celadores en el Servicio de Farmacia, en concreto si este colectivo puede asumir las funciones de recepción, control, comprobación registro y salida de paquetería, colocación de los artículos recibidos en su lugar dentro del almacén de Farmacia y su control por producto, dosis y presentación, caducidad y preparación y tratamiento de datos para una aplicación informática.

En atención a la naturaleza de las funciones encomendadas no resulta preciso estar en posesión de conocimientos sanitarios, siendo únicamente imprescindible saber leer y escribir para recepcionar paquetes, apertura y comprobación de pedidos, determinar la coincidencia entre el pedido recibido y el pedido efectuado por el Servicio de Farmacia y colocación de los pedidos recepcionados en las estanterías, así como comunicar a los laboratorios proveedores los errores y traslado de los albaranes a los administrativos de farmacia.

Por todo ello considera que no se trata de una función propia de los auxiliares de enfermería y tampoco del controlador de suministros.

Respecto a las funciones de preparación y tratamiento de datos para la aplicación informática, hay que tener en cuenta que las simples operaciones informáticas que se exigen a los celadores no podemos comprenderlas en el ámbito de los auxiliares administrativos en atención a su complejidad

II. PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA EN HOSPITALES BAJO RÉGIMEN DE CONCESIÓN. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 31 DE JULIO DE 2014 Nº186/2014.

La empresa concesionaria del contrato de concesión de obra pública para la construcción explotación del Hospital del Henares, pretende que se declare el carácter contractual del modelo económico financiero de la concesión adaptado a la Orden 3362/2010, así como su derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero que se había visto alterado

como consecuencia de la necesidad de adaptar el plan económico financiero de la concesión del hospital a la citada orden. La orden en cuestión tiene por objeto adaptar el Plan General de contabilidad a la normativa internacional, concretamente a la unión Europea.

La Sala desestimada pretensión de la empresa recurrente por considerar que el plan económico financiero no es un documento contractual, no es el producto de un pacto de común acuerdo entre las partes, sino que viene motivado por una adaptación contable.

Por otra parte no puede dar lugar al restablecimiento del equilibrio económico ya que no se encuentran previstas en la cláusula 20 del PCAP, sin que en el presente caso concurren supuestos de fuerza mayor, modificaciones contractuales imputables a la actuación administrativa o riesgo imprevisible. Por todo ello, y en virtud del principio de riesgo y ventura, es la empresa concesionaria la que debe que asumir las consecuencias económicas derivadas de la adaptación del plan económico financiero a la Orden 3362/2010.

III. ACUERDO 31/2015, DE 3 DE MARZO DE 2015 DEL TACP DE ARAGÓN POR EL QUE SE RESUELVE EL RECURSO ESPECIAL INTERPUESTO POR UNA TRABAJADORA FRENTE AL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN DENOMINADO “CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA PARA LA CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL NUEVO HOSPITAL DE ALCAÑIZ” PROMOVIDO POR EL SERVICIO ARAGONÉS DE SALUD.

La legitimación de la trabajadora debe quedar circunscrita a las consecuencias jurídico-laborales que se puedan derivar del nuevo régimen de gestión del hospital de Alcañiz, pero no así las relativas a la conceptualización o tipificación del contrato, ni las del cálculo de su valor estimado.

El órgano administrativo desestima el recurso en el que se afirma por la interesada que de ejecutarse el contrato, se verían afectados en sus derechos 31 trabajadores que estarían abocados a elegir entre pasar a la empresa concesionaria como personal laboral, o permanecer en el SALUD. El contrato de concesión de obra pública no altera las relaciones laborales previas de forma unilateral, y garantiza la relación jurídica estatutaria en las mismas condiciones para quienes no opten por la integración como personal de la empresa concesionaria.

COLEGIOS Y PROFESIONES SANITARIAS

1. SOCIEDADES PROFESIONALES. SAP DE GIRONA DE 6 DE FEBRERO DE 2014, N° REC 560/2013

Se plantea la cuestión sobre si un centro de análisis clínico debe constituirse como sociedad profesional conforme a las exigencias previstas en la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales.

Conforme a dicha Ley, debería tratarse de una actividad profesional para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, o inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.

Sin embargo la profesión de analista clínico no es una especialidad de la medicina, sino una especialidad de las ciencias de la salud a la que pueden acceder varios profesionales, sin que por tanto estemos ante una profesión con un colegio propio. Es cierto que para el desempeño de esta actividad profesional se requiere titulación profesional para cuyo ejercicio es necesario acreditar una titulación universitaria oficial, pero en cambio no es preciso la inscripción para su ejercicio en un Colegio Profesional.

Por todo lo anterior no se considera que este tipo de centros estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley.

2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DEL FARMACÉUTICO A LA DISPENSACIÓN DE LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS. STC 145/2015 DE 25 DE JUNIO.

La STC objeto de comentario analiza el controvertido derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos a la dispensación de la conocida popularmente como “*píldora del día después*”, si bien, tal y como veremos más adelante, en realidad el conflicto no se plantea por su negativa a dispensar el medicamento, sino por incumplir el deber de almacenar en la oficina de farmacia de la que es cotitular un número mínimo de existencias de este fármaco.

En primer lugar, y antes de entrar a conocer el fondo de la STC, creo necesario para comprender el sentido de la Sentencia que el lector conozca cuáles son las posibles formas de actuación de este fármaco. Este medicamento puede actuar de tres modos distintos:

- a) Evita que la mujer llegue a ovular.
- b) Impide la fecundación en el caso que ya se hubiese producido la ovulación.
- c) Hace imposible la implantación en el útero de haberse producido aquélla.

En los dos primeros casos la píldora actuaría como un producto anticonceptivo, pero en el tercer caso, y desde un punto de vista científico, la solución no resulta tan fácil ya que habría que afrontar la cuestión del momento en el que surge la vida aún en fase embrionaria, ¿desde que se produce la fecundación, o por el contrario, cuando se inicia el embarazo propiamente dicho, y que, según la OMS, comienza con la implantación del cigoto en el útero?

En cualquier caso, no se trata de una cuestión menor, pues de prosperar la primera tesis la píldora presentaría propiedades abortivas (aborto en estado preimplantatorio), mientras que en el segundo supuesto no, y por ende, entiendo que no cabría oponer el derecho a la objeción de conciencia reconocido por nuestro TC.

Hay que añadir además que en el caso de la píldora del día después tanto la mujer como el farmacéutico desconocen por completo si se ha producido o no la fecundación, de modo que invocar el derecho a la objeción de conciencia cuando ni tan siquiera se conoce si se ha producido la fecundación del óvulo supondría reconocer una amplitud excesiva a dicho derecho, en la medida que se estaría exonerando al profesional del cumplimiento de un deber, no en base a la certeza de que con su actuación se consumaría el hecho que se trata de evitar, sino atendiendo tan solo a la eventualidad de que el mismo pudiera producirse. Por otra parte no debe olvidarse que la finalidad más problemática que plantea la píldora consiste en evitar la implantación del preembrión, y según nuestro legislador (como ya señalara la propia exposición de motivos de la Ley 35/88, de 22 de noviembre el momento de necesaria valoración biológica, no es la fecundación, sino la implantación en el útero, pues con anterioridad a él (fase en la que aún puede surtir efectos la píldora) “*el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre*”. Sin embargo, la cuestión no puede quedar zanjada en tanto en cuanto existe un amplio sector de la doctrina científica y del ámbito del derecho que se decantan por considerar que la vida humana nace desde el mismo instante en el que se produce la fecundación, careciendo de relevancia la distinción terminológica de “preembrión” y “embrión”.

En este contexto la reciente STC objeto de comentario se pronuncia sobre el recurso de amparo por vulneración del derecho a la objeción de conciencia, interpuesto por el cotitular de una oficina de farmacia que había sido sancionado por la Comunidad Autónoma de Andalucía por su negativa a disponer en su establecimiento de las existencias mínimas de la PDD debido a sus posibles efectos abortivos, así como de preservativos.

La STC enfoca la pretendida objeción de conciencia del farmacéutico como una variante de la objeción de conciencia sanitaria a la práctica del aborto, de modo que la fundamentación jurídica del fallo pivota en gran medida sobre la doctrina fijada en la STC 53/85 sobre su despenalización; no obstante la propia Sentencia objeto de análisis reconoce abiertamente “*la falta de unanimidad científica respecto a los posibles efectos abortivos de la denominada píldora del día después*”. Así pues, el TC establece una equiparación entre el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, y el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos a la dispensación de la PDD.

No obstante vuelvo a recordar que la sanción impuesta por la Consejería de Salud de Andalucía al farmacéutico demandante en amparo lo fue no por negarse a dispensar la citada píldora, sino por incumplir el deber de tener un mínimo de existencias de la PDD. Por ello quizá el pretendido derecho a la objeción de conciencia debería haber sido analizado no desde la perspectiva de la relación clínica farmacéutico-paciente (dispensación), sino desde la óptica de la relación con la Administración sanitaria (almacenamiento) lo que supondría cuestionarse hasta qué punto resultaría aplicable a este supuesto la doctrina recogida en la STC de 1985.

En apoyo de la pretensión del demandante, el TC destaca:

- a) La inexistencia de peligro alguno para el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el Ordenamiento Jurídico, pues “*La farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, dato este del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas*”
- b) El hecho de que estuviese inscrito como objeto de conciencia en el Colegio Oficial de Far-

macéuticos de Sevilla, junto al reconocimiento de este derecho tanto en los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla, como en el Código de Ética Farmacéutica y Deontología de la Profesión Farmacéutica.

Peor fortuna corre la pretensión de extender el reconocimiento de este derecho a su negativa a disponer en su farmacia de preservativos, pues “*el incumplimiento de la obligación relativa a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda el precepto constitucional indicado. La renuncia del demandante a disponer de profilácticos en su oficina de farmacia no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que dimana de la libertad de creencias reconocida en el art. 16.1 de la CE*”.

El carácter polémico de la STC se desprende de los votos particulares, algunos especialmente duros, formulados por cuatro de los magistrados del Pleno: Dña. Adela Asua Batarrita, D. Fernando Valdés Dal-Ré, D. Juan Antonio Xiol Ríos, y D. Andrés Ollero Tassara. Paso a continuación a recoger de forma resumida los puntos más controvertidos de la STC y las principales críticas vertidas por los magistrados discrepantes:

1. Los efectos abortivos de la PDD. Equiparación entre la objeción de conciencia al aborto y la objeción de conciencia a la dispensación de la PDD.
2. La STC deja fuera de la protección del art. 16 de la CE el incumplimiento del farmacéutico de disponer de existencias de preservativos, cuando ambos -PDD y los preservativos- son métodos anticonceptivos.
3. El supuesto reconocimiento del derecho general a la objeción de conciencia.
4. El derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico a dispensar la PDD en el Ordenamiento Jurídico.
5. Validez jurídica del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico por los Estatutos colegiales.
6. La objeción de conciencia y el incumplimiento del deber de la oficina de farmacia a disponer de existencias mínimas de este medicamento.

7. Finalmente, la pobre labor de ponderación realizada entre el derecho a la objeción de conciencia y el derecho a la salud.

Más allá de la discusión sobre si la PDD es un medicamento abortivo o un medicamento anticonceptivo, en el fondo de la STC late el sempiterno debate en torno a la naturaleza y extensión del derecho a la objeción de conciencia, un debate que se resume en dos posiciones:

1. Si cabe hablar en nuestro Ordenamiento Jurídico, más allá de la objeción de conciencia al servicio militar reconocida en el art. 30-2 de la CE, de la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia residenciado en la libertad ideológica y religiosa del art. 16 de la CE.
2. O si, por el contrario, únicamente cabe invocar la OC en los supuestos en que una Ley así lo haya reconocido expresamente (por ejemplo, el art. 19.2 de la LO 2/2010, de 3 de marzo).

El TC ha tomado partido a favor de la primera tesis aplicando en este caso la doctrina fijada por la STC 53/85 sin tener en cuenta los últimos pronunciamientos tanto del propio TC como del TS, ni la ausencia de reconocimiento expreso de este derecho tanto en la anterior Ley de Garantías y Uso Racional del Medicamento, como en el vigente RD-Legislativo. Todo ello, unido a la inexistencia en el caso concreto planteado de base alguna para invocar el derecho a la objeción de conciencia (recordemos que el farmacéutico es sancionado no por negarse a dispensar el medicamento a los usuarios, sino por incumplir el deber de almacenar en su establecimiento este medicamento), y a la pobre labor de ponderación realizada por el TC, ha propiciado que sean muchas y muy autorizadas las voces críticas que se han alzado en contra de esta resolución.

3. NEUROLOGÍA VERSUS NEUROFISIOLOGÍA. STS DE 25 DE ABRIL DE 2015 N° DE REC 2089/2013.

Es objeto de impugnación por la Sociedad Española de Neurología la sentencia de instancia que declara que anulable (no nulo de pleno derecho) la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por la Sociedad Española de Neurofisiología para que se reconociese el derecho en exclusiva a favor de este colectivo profesional para la realización en centros hospitalarios de pruebas neurofisiológicas.

Con posterioridad a que se hubiese producido la estimación por acto presunto de la solicitud de la Sociedad de Neurofisiología, la Consejería de Sanidad a raíz de la solicitud de inicio de procedimiento de revisión de oficio presentada por la Sociedad Española de Neurología, dictó una Orden por la que declaraba nula de pleno derecho dicha estimación. Sin embargo, el TSJ de Madrid consideró que lo procedente hubiera sido no incoar un procedimiento de revisión de oficio, sino efectuar una declaración de lesividad y proceder a la posterior anulación jurisdiccional del acto presunto.

Así pues la cuestión se reduce a determinar si el vicio de legalidad en el que incurrió la Administración es de nulidad o bien de anulabilidad. El TS considera aplicable para este caso el supuesto de nulidad previsto en el art. 62.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre pues:

1. La Comunidad de Madrid no tiene competencias para atribuir a los neurofisiólogos la realización con carácter de exclusividad, de pruebas neurofisiológicas. Estamos ante un competencia estatal (art. 21 de la LOPS).
2. En virtud del acto presunto combatido por la Administración, se otorgaron a los neurofisiólogos facultades para las que carecían de los requisitos esenciales.

Como recoge la sentencia, aun aceptando que los especialistas en neurofisiología tienen legalmente competencia para efectuar tales pruebas, *“ha de convenirse que el derecho declarado por el doble silencio administrativo otorgaba a estos profesionales algo más que la sola capacitación para realizar esas pruebas: les habilitaba para hacerlo en exclusividad”*, sin que exista norma alguna que excluya a los neurólogos para la ejecución de pruebas neurofisiológicas.

Por tanto el reconocimiento de esa facultad hubiera requerido una previa modificación de la profesión sanitaria por parte de la Administración del Estado (programa formativo, objetivos y competencias de ambas profesiones) sin la cual no sería posible adquirir la facultad de efectuar con exclusividad las pruebas neurológicas.

RESPONSABILIDAD SANITARIA

1. DAÑO MORAL Y CONDENA A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA POR EL EXTRAVÍO DE PRUEBAS DIAGNÓSTICAS ECOGRÁFICAS. STSJ DE VALENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 2014, N° 804.

Los reclamantes exigen la responsabilidad de la Administración por no haber detectado previamente las anomalías que presentaba su hijo, que sufre una microcefalia severa. Consta acreditado que se realizaron a la reclamante las correspondientes ecografías conforme a los protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), y que los resultados fueran normales tal como así consta en la historia clínica.

Sin embargo, la Administración no aportó el soporte gráfico de las ecografías, y precisamente es este hecho, el que los actores no hayan podido disponer de la imagen gráfica de la ecografía es cuestión (lo que constituye una vulneración del derecho de información y custodia de la historia clínica), lo que impidió la posibilidad de cuestionar el contenido y alcance de lo que figura anotado en la historia médica. Por este motivo se condena a la Administración a indemnizar por el concepto de daño moral la cantidad de 5.000 €.

2. RESPONSABILIDAD Y TRATAMIENTO EXPERIMENTAL. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID N° 456/ 2014 DE 7 DE OCTUBRE.

Paciente diagnosticado de adenocarcinoma de páncreas que tras someterse a distintas pruebas en el hospital de referencia decide acudir a la Clínica Universitaria de Navarra para recabar una segunda opinión. En dicha clínica le propusieron someterse a un tratamiento experimental.

El paciente aceptó el ofrecimiento, si bien tuvo que abandonarlo a los pocos meses debido a su negativa evolución. Poco tiempo después fallece presuntamente a causa de la toxicidad del fármaco experimental que se le suministró. Los familiares exigen responsabilidad a la compañía aseguradora en aplicación de lo previsto en el apartado cuatro del artículo 8 del Real Decreto 223/2004. Dicho precepto establece una presunción legal “*iuris tantum*” por la que son consecuencia del ensayo aquellos daños que afecten

a la salud del paciente, y se manifiesten durante el tratamiento o bien durante el año siguiente desde su terminación.

El ensayo al que se había sometido el paciente fallecido era de los denominados “doble ciego”, y formaba parte del grupo de pacientes a los que únicamente se les había suministrado placebo, de manera que realmente no recibió el medicamento experimental. En la Clínica Universitaria de Navarra sólo recibió tratamiento con quimioterapia, similar al que hubiese recibido si hubiesen permanecido en su hospital de referencia.

3. I.V.E. Y SÍNDROME DE MORRIS. STSJ CANTABRIA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SEC. 1ª, S 24-4-2015, N° 163/2015, REC. 26/2015

La Sala confirma la SJC-A de Santander, de 14 de noviembre de 2014, n° 24, sobre el caso protagonizado por una mujer embarazada en edad de riesgo a la que se practicó la prueba de la amniocentesis. El resultado de dicha prueba mostraba que el sexo del feto era varón. En la ecografía de la semana 20 no se indicó nada sobre la apariencia de los genitales externos y el sexo. Posteriormente los progenitores acudieron a una clínica privada donde se detectó que los genitales externos eran de sexo femenino. Se repitió la amniocentesis en la semana 27 del embarazo, confirmando nuevamente el sexo varón del feto, si bien los genitales externos eran femeninos y carecía de útero. Se informó a la familia del riesgo del embarazo, y la madre solicitó la interrupción que fue denegada dado el avanzado estado de gestación en el que se encontraba en ese momento.

La menor nació con Síndrome de Morris, para el que no existe diagnóstico prenatal posible, dato éste que invoca la Administración Sanitaria, junto al hecho de que la simple sospecha de este síndrome no hubiese servido para justificar la interrupción del embarazo después de la semana 22 por no tratarse de una enfermedad incompatible con la vida, ni extremadamente grave, para justificar la legalidad de la actuación administrativa.

Queda acreditado que hubo una indebida interpretación de la ecografía de, debido a que el facultativo que llevó a cabo la prueba diagnóstica se confió una vez había conocido el resultado de la amniocentesis, y en consecuencia, hubo una falta de información que privó a los padres de la posibilidad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo.

El problema radica en que de haberse realizado una correcta lectura de la ecografía de la semana 20 sí cabría la posible aplicación de otros supuestos del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. Así es, conforme al citado precepto legal sí habría sido posible la interrupción del embarazo antes de la semana 22 por considerar que existía grave riesgo para la vida o la salud la embarazada, o bien por la posible existencia de graves anomalías en el feto. En este caso, al existir riesgo de otras patologías, cabría la posibilidad de que se hubiese podido realizar la interrupción voluntaria del embarazo.

Por lo que respecta a la indemnización, se analizan los tres tipos de daños posibles:

1. Daño moral por la privación a los progenitores de la posibilidad de optar por una interrupción voluntaria del embarazo dentro del plazo legal.
2. Daño moral derivado, por una parte, del impacto psicológico de conocer el nacimiento de un hijo con gravísimas malformaciones inesperadas al haber recibido, previamente, un falso negativo por el médico responsable de la asistencia prenatal, y de otra por el padecimiento que supone la contemplación diaria de hijo discapacitado y la angustia por el futuro del mismo.
3. Daño patrimonial que lleva consigo el nacimiento y vida de un hijo discapacitado por los gastos que exige la atención a la minusvalía.

En este caso, teniendo en cuenta que no estamos ante el supuesto de nacimiento de un hijo discapacitado o con una grave minusvalía, -pues la persona afectada por el síndrome de Morris puede llegar a realizar una vida normal-, y teniendo en cuenta, asimismo, que los tratamientos médicos indicados están cubiertos por el Sistema de Seguridad Social, no cabría la indemnización por el daño “de rebote” –doctrina francesa de pérdida de oportunidades- en la esfera moral y patrimonial; únicamente cabría indemnizar por la afectación al derecho a decidir libremente, del que fue privado la familia ya que de haberse actuado correctamente hubiera podido solicitar y ejercer el derecho a interrumpir el embarazo en un supuesto legal distinto, y en unas condiciones diferentes.

FARMACIA Y PRODUCTOS SANITARIOS

1. EL COPAGO EN LA DISPENSACIÓN AMBULATORIA DE MEDICAMENTOS POR PARTE DE LOS SERVICIOS DE FARMACIA HOSPITALARIA. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID Nº 559/2014, DE 22 DE OCTUBRE DE 2015.

La cuestión central del recurso interpuesto por la CA de Castilla y León gira en torno a la naturaleza jurídica del acto recurrido, la Resolución del 10 de septiembre de 2013 de la Dirección General de la Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se procede a modificar las condiciones de financiación de medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud mediante la asignación de aportación del usuario.

La parte recurrente cuestiona el insuficiente rango de la Resolución cuestionada ya que el artículo 94 bis. 1 de la Ley de Garantías y Uso Racional del Medicamento no autoriza a la citada Dirección General para decidir sobre el establecimiento de aportaciones económicas de los pacientes.

La Sala considera que sí existe habilitación legal suficiente para dictar la Resolución objeto de impugnación, en concreto el artículo 94 bis apartado primero de la citada Ley 29/2006 en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 28/2012 de 30 de junio. En virtud de esta modificación se establece expresamente que se entiende por “*prestación farmacéutica ambulatoria*” la que se dispensa al paciente mediante receta médica o mediante orden de dispensación hospitalaria a través de oficinas o servicios de farmacia. Así pues la “*prestación farmacéutica ambulatoria*” comprende tanto la prescripción en receta médica de los medicamentos o productos sanitarios para su dispensación en la oficina de farmacia, como la prescripción por los médicos de los servicios hospitalarios de aquellos medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control, y que deban ser dispensados por los servicios de farmacia hospitalaria a pacientes no ingresados.

Ambas modalidades de prestación farmacéutica ambulatoria quedaban sometidas por igual a aportación económica del usuario. En el caso en concreto de los medicamentos de orden de dispensación hospitalaria pasaron de estar exentos de aportación, a estar sujetos a aportación económica a partir del 1 de diciembre de 2012. La consecuencia es que era

necesario establecer específicamente que las condiciones de aportación económica para tales medicamentos era la reducida y no la general, y eso es lo que ha venido a reflejar la resolución recurrida. Es de decir, la modificación del tipo de financiación de exento de aportación a financiación sometida a aportación ya se había previsto legalmente a través del artículo 94 bis de la LGURM, y por tanto no cabe entender que la resolución ahora impugnada sea una norma que innova el ordenamiento jurídico sino que, por el contrario, su naturaleza se ajusta a la de un acto administrativo que concreta la financiación para los medicamentos contenidos en su anexo primero.

2. NULIDAD DE LA LEY 22/2007, DE 18 DE DICIEMBRE, DE FARMACIA DE ANDALUCÍA. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 181/2014 DE 6 DE NOVIEMBRE.

La Sentencia se pronuncia sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 diputados contra varios preceptos de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía. Dicho recurso se fundamenta en la supuesta vulneración de la legislación básica estatal contenida en la Ley General de Sanidad, en la Ley 16/1997 del derecho a la libertad de empresa, de la competencia en materia de legislación civil y mercantil, así como en la legislación estatal sobre medicamentos.

En primer término se cuestiona la regulación que efectúa la Ley autonómica del concurso para la adjudicación de las nuevas oficinas de farmacia, y los criterios empleados a tal efecto en relación con los principios de mérito y la capacidad. Los recurrentes consideran que este modelo resulta contrario al recogido en la Ley estatal 16/1997 que habría configurado una autorización “real” y no “personal” de las oficinas de farmacia, lo que resultaría incompatible con que los concursos para la adjudicación de nuevas farmacias se resuelvan aplicando baremos más propios de las autorizaciones que tienen en cuenta las condiciones personales del solicitante.

El Tribunal considera que este tipo de regulación no resulta contraria a la legislación estatal, como tampoco lo son los criterios de baremación “*Pues tratándose de una actividad privada de incuestionable interés público, aún sin tratarse estrictamente de acceso a la función pública, resulta ineludible aplicar los principios de mérito y capacidad en el acceso al ejercicio de las funciones propias del servicio*

farmacéutico (...) Todo ello sin perjuicio de que los principios de mérito y capacidad resulten constitucionalmente exigibles como consecuencia del deber de la Administración pública, estatal y autonómica, de servir a los intereses generales con objetividad, y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

La misma conclusión se hace extensiva a la regulación que efectúa la citada Ley sobre las transmisiones de las oficinas de farmacia, pues la ley andaluza, a diferencia de otras leyes autonómicas como la Ley castellano-manchega, no contiene una prohibición absoluta de transmisibilidad de las oficinas de farmacia, sino que sólo limita la libre elección del adquirente, dejando en manos del propietario la fijación del resto de las condiciones y el precio.

Tampoco considera que se haya vulnerado el derecho a la libertad de empresa al que se refiere el artículo 103 de la Ley General de Sanidad, que “*se limitan a reconocer este derecho en el ámbito sanitario, a declarar que las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios, y a reservar a los farmacéuticos propiedad de las oficinas de farmacia abiertas al público, sin que quepa deducir de ellos que el legislador ha configurado la libertad de empresa en el ámbito sanitario como un derecho ilimitado*”.

Distinta suerte corre la impugnación del artículo 13 de la Ley autonómica, por el que se regula la elaboración y dispensación en las oficinas de farmacia de fórmulas magistrales y preparados oficiales. La elaboración de medicamentos constituye una materia que afecta a la competencia estatal sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16), a diferencia de lo que sucede con la dispensación. Tal y como ya señalado el TC en ocasiones anteriores, la legislación sobre productos farmacéuticos se yuxtapone con la de los establecimientos.

farmacéuticos, de modo que en la dispensación es discernible una doble vertiente: por una parte la que tiene que ver con el medicamento mismo; y por otra, la que tiene que ver con la función de la farmacia al dispensar. Cada uno de dichos aspectos o vertientes es susceptible de una regulación diferenciada, respectivamente encuadrable en títulos competenciales asimismo diferentes.

En el presente caso el TC declara inconstitucional los apartados cuatro, cinco y seis del artículo 13 por entrar a regular la elaboración de los medicamentos, en concreto las fórmulas magistrales y productos

oficiales. Así por ejemplo, la previsión legal según la cual es el titular quién debe asumir la elaboración o dirección de la preparación de fórmulas magistrales/preparados oficiales que se realicen su farmacia, incide directamente en la competencia estatal para la ordenación de los productos farmacéuticos.

Asimismo se declara la inconstitucionalidad del inciso del artículo 40.1 de la Ley andaluza, que establece que *“Si la inhabilitación profesional por suspensión definitiva de funciones se hubiera producido en el ejercicio profesional en la oficina de farmacia, las autorizaciones caducarán aunque existan otros titulares”*. La disponibilidad para prestar este tipo de función por parte de todos los titulares de la oficina de farmacia no es un requisito necesario para el correcto funcionamiento del establecimiento y la adecuada prestación de este servicio público, por lo que en este caso la medida consistente en revocar la autorización no lo sería por pérdida sobrevenida de las condiciones y requisitos necesarios para ejercer la actividad autorizada, sino que más bien se configuraría como una sanción accesoria.

INTIMIDAD Y DATOS PERSONALES

I. REVELACIÓN DE DATOS SANITARIOS EN PROCESO DE DIVORCIO. AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, SEC. 4ª, S 20-5-2013, Nº 341/2013, REC. 130/2013

La sección cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia ha revocado la condena por un delito de revelación de secretos a una mujer, psicóloga de profesión, que emitió un informe pericial sobre un menor en un proceso de divorcio, solicitado solo por parte de la madre.

La Sala estima el recurso interpuesto por el abogado la psicóloga contra la sentencia dictada por el juzgado de lo Penal nº 4 de Valencia, que le condenaba a un año de prisión por un delito de descubrimiento y otro de revelación de secretos profesionales.

La mujer mantuvo diferentes entrevistas en los años 2006 y 2007 con un menor y sus progenitores tras la derivación que le efectuó el centro del niño, después de que la psicopedagoga escolar apreciara un problema. Seguidamente, la psicóloga dejó de mantener contacto con el padre y el menor, y se quedó con la esposa como paciente. Ésta le pidió que elaborase

un informe para aportarlo al juzgado, donde se estaba tramitando su proceso de divorcio. Dicho informe, que fue aportado al juicio, fue impugnado por el padre que alegó quebrantamiento del secreto profesional. Esta impugnación no fue admitida por el juez.

Tras estos hechos, el padre presentó una denuncia al considerar que la psicóloga había revelado información que obtuvo con motivo de su relación profesional previa con ambos progenitores, y el juez condenó a la psicóloga.

La AP considera que:

1. Si bien es cierto que el artículo 10.3 de la Ley General de Sanidad establece el derecho de los ciudadanos a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y estancia en instituciones sanitarias, la Sala no aprecia que la actuación de la acusada suponga incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, ni divulgación de secretos.
2. Los datos que contempla este informe son relevantes por afectar a un menor, y agrega que su aportación al juicio civil no constituye violación alguna del derecho fundamental a la intimidad que le asiste al progenitor, *“pues lo contrario daría lugar al absurdo jurídico de no permitir la aportación a juicio de informes periciales, legítimamente emitidos, que pudieran ser determinantes o decisivos al objeto del procedimiento, como es el caso”*.
3. No se trata de difundir derechos básicos de la esfera íntima del ser humano en el ámbito de su personalísima intimidad, sino de una actividad legítima desarrollada reservadamente en el ámbito del proceso civil, *“al no tratarse de un acceso indebido a la fuente de los datos sin estar autorizado”*.
4. No hay que olvidar que, cuando se trata de preservar derechos constitucionales en los que entra el juego el interés superior de un menor de edad, *“deben ceder a favor del mismo en estricta aplicación del artículo 1 de la Ley Orgánica de Protección del Menor, sobre todo cuando está en juego la guarda y custodia del mismo”*.

II. ACCESO AL CONTENIDO DE LA HISTORIA CLÍNICA POR PARTE DE LA LETRADA DEL SERVICIO DE SALUD EN EL DESEMPEÑO DE SUS FUNCIONES. AUTO DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° 1 DE GRANADA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2013

La denunciante presentó reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de su hija poco tiempo después de su nacimiento, y afirma que la letrada del Servicio de Salud accedió de forma sorpresiva y sin su consentimiento a datos reservados recogidos en su historia clínica que según ella no tenía nada que ver con los hechos que era objeto de enjuiciamiento.

El auto del juzgado de instrucción afirma que la letra de la Administración sanitaria está plenamente legitimada para acceder a la información o datos contenidos en el historial clínico de la denunciante en función de la normativa vigente sobre asistencia jurídica del personal de dicha Administración.

RECURSOS HUMANOS

LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS BAJO OTRO RÉGIMEN JURÍDICO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. STC 215/2013, DE 19 DE DICIEMBRE.

El Estado considera que el art 12 de la Ley 3/2008 es inconstitucional por no respetar el art. 65 de la Ley 55/2003, en concreto por que dicho precepto autonómico, en contra de lo que dice la norma estatal, permite al personal estatutario fijo que pase a prestar servicios en instituciones sanitarias creadas al amparo de las nuevas fórmulas de gestión, que se reincorpore en cualquier momento (no solo durante los tres primeros años), pero sin garantizar más que una plaza en la misma categoría, no en la misma área de salud.

Para el TC no hay contradicción alguna entre ambas normas, sino el uso por parte de la Comunidad de Madrid de las competencias de desarrollo de la normativa básica estatal establecida en el art. 65 del Estatuto Marco.

Respecto a que se compute el tiempo de permanencia en esta situación administrativa de “servicios bajo otro régimen jurídico”, no solo a efectos de

antigüedad como dice la norma estatal, sino también de “*carrera profesional*”, también se aplica por el TC el mismo argumento. Lo que hace la CA de Madrid es desarrollar la normativa básica estatal con el fin de ampliar y mejorar las condiciones de aquéllos que accedan a esta situación administrativa. Por otra parte la inclusión de esta mejora no supone un trato diferente susceptible de lesionar el principio de igualdad ya que el precepto impugnado se limita a reconocer a favor del personal estatutario que los servicios prestados bajo otro régimen jurídico se computarán a efectos de carrera profesional, sin tomar en consideración si los servicios prestados bajo otro régimen jurídico lo fueron en la Comunidad de Madrid o en otra Comunidad Autónoma.

PROCESO SELECTIVO EN OTRO SERVICIO DE SALUD PARA LA MISMA CATEGORÍA EN LA QUE YA SE OSTENTA LA CONDICIÓN DE PERSONAL ESTATUTARIO FIJO. STS DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2013, N° REC 3114/2012

Empleada pública del SNS a quién se excluye de participar en el proceso selectivo convocado por el Servicio de Salud de Castilla y León para la categoría de matrona, por ostentar ya la condición de personal estatutario fijo en esa misma categoría.

La Sentencia recurrida en casación afirma correctamente que “en buena lógica jurídica no parece que deba permitirse presentar al proceso selectivo a quién ya ostente esa condición por haber accedido a la misma con anterioridad”, y añade que para que esa exclusión pueda operar es preciso que exista absoluta identidad entre la condición que ostenta el aspirante excluido y el Cuerpo, Escala, Categoría profesional o Especialidad a que se refiere la concreta convocatoria en que se quiere participar, identidad que también ha de alcanzar al concreto servicio autonómico de salud.

Esta última exigencia es la que motiva la interposición por parte de la Comunidad Autónoma de recurso de casación, pues si la condición de personal estatutario fijo es la condición excluyente de la posible participación en un concurso, el principio de igualdad se ve vulnerado si, entre quienes teniendo la misma condición excluyente, se introduce una diferenciación en razón del servicio autonómico donde se presen los servicios.

REINTEGRO DE GASTOS

MUTUALIDAD DE LA ABOGACÍA Y REEMBOLSO DE GASTOS. STSJ DE MURCIA DE 24 DE MARZO DE 2014, Nº 241/2014.

Accidente sufrido por un abogado en ejercicio con su motocicleta por el mal estado del pavimento, y por el que precisa asistencia sanitaria. Se le deniega por el Ayuntamiento el pago de los gastos médicos ya que el accidentado sí que pudo acudir a la medicina pública en lugar de ir a la privada.

La Sala entiende que los gastos ocasionados sí son indemnizables ya que el accidentado, abogado en ejercicio, dado de alta en el Colegio de Abogados y perteneciente a la Mutualidad de la Abogacía, no tenía acceso a la sanidad pública durante el período que fue tratado médicamente de sus lesiones, y en segundo lugar, incluso en el supuesto en que hubiera tenido acceso a la sanidad pública, dice:

“el sometimiento a los servicios sanitarios públicos no puede considerarse una carga para el beneficiario de la Seguridad Social, pues aún en este caso debe reconocerse a los lesionados la posibilidad de optar entre la medicina pública y la privada, si por razón de domicilio o cualquiera otras, les parece ésta última más conveniente a sus intereses”.

DOCUMENTOS DE INTERÉS

BIOÉTICA

1. DECLARACIÓN DE LA COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA DE LA ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL SOBRE LA CONTENCIÓN MECÁNICA DE PACIENTES. MARZO DE 2015.

La Comisión Central de Deontología de la OMC analiza en este documento la problemática que plantea la utilización de medidas de contención mecánica en pacientes, tanto desde un punto de vista ético como legal. Precisamente por este motivo la Declaración propone someter la decisión de utilizar estas medidas excepcionales a un triple juicio: juicio clínico, juicio ético-deontológico, y un juicio médico-legal.

Los espacios asistenciales especialmente indicados para el uso de este tipo de sujeciones son las unidades

de cuidados asistenciales, unidades psiquiátricas, geriátricas, así como las de pacientes vulnerables como los centros de menores, y los servicios de urgencia y ámbito domiciliario.

En cuanto a las situaciones en las que puede resultar aconsejable su indicación, la Declaración contempla las siguientes:

- a) Cuidados postquirúrgicos, cuando impliquen riesgo de arrancarse una vía o tirarse de la cama.
- b) Comportamientos agitados con movimientos irreflexivos que no puedan ser controlados por procedimientos farmacológicos.
- c) Situaciones de riesgo de caídas de la cama, camilla o silla de ruedas.

Este tipo de medidas deben ser pautadas por el personal médico, si bien quien las aplica habitualmente es el personal de enfermería, por lo que aconseja que estos profesionales sanitarios estén debidamente entrenados para ello y conozcan los riesgos y beneficios que comporta.

En todo caso, este tipo de medidas no se utilizarán para favorecer el descanso del personal o por motivos relacionados con la escasez de personal cuidador.

DERECHO SANITARIO

RESUMEN CRÍTICO DE LOS DOCUMENTOS “ACTUALIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LA COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA SOBRE ASISTENCIA MÉDICA AL MENOR MADURO EN SITUACIONES SOBRE RECHAZO AL TRATAMIENTO” DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS, Y DEL DOCUMENTO “LA ASISTENCIA SANITARIA A MENORES. PAUTAS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS” DEL DEPARTAMENTO DE SALUD DEL GOBIERNO DE NAVARRA.

PRIMERO.- El documento sobre actualización de la declaración sobre asistencia médica al menor maduro en situaciones sobre rechazo al tratamiento, de mayo de 2016, ha sido elaborado por la organización colegial teniendo en cuenta, teóricamente, las importantes modificaciones introducidas en el mes de julio de 2015.

La OMC parte de la premisa de calificar como menor maduro a todo aquél paciente menor de 18 años, que además tiene capacidad intelectual y volitiva suficiente para implicarse en la toma de decisiones referentes a su persona. A partir de esta consideración, el documento estratifica los distintos supuestos de toma de decisiones por parte del paciente menor de edad distinguiendo entre:

1. Pacientes menores de 12 años. No pueden tomar decisiones por sí mismos sin perjuicio de que se les deba facilitar la información en términos comprensibles.
2. Pacientes con edad comprendida entre 12 y 16 años con (tradicionalmente este tramo de edad estaba reservado en puridad a la figura del “menor maduro”). Podrá tomar decisiones por sí mismo atendiendo siempre a su grado de madurez (que debe ser objeto de valoración) y tan solo respecto de actos médicos de bajo riesgo y habituales.

Si se trata de patologías para cuyo tratamiento se aprecie un riesgo significativo importante, la OMC no termina de rematar. Dice (apartado 2.a.2) que “se debe consultar también a los representantes legales y solicitar el oportuno consentimiento”. Quién presta el consentimiento, ¿ambos, paciente y representantes legales? El empleo del adverbio “también” resulta algo desconcertante, aunque habrá que entender como establece el art. 9.4 de la Ley 41/2002, que el consentimiento solo corresponderá a los padres/representantes legales.

3. Pacientes entre 16 y 18 años. Establece el informe que, como regla general, no cabe otorgar consentimiento por representación, salvo que:
 - a) Se encuentren incapacitados judicialmente
 - b) No sean capaces intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.
 - c) No se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor.

En mi opinión no se aprecian grandes diferencias entre los dos supuestos anteriores, pues un paciente con 14 años y madurez suficiente estará sometido en cuanto al proceso de toma de decisiones, a los mismos límites que otro paciente con 17 años

y capacidad intelectual/emocional: que no estemos ante “una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor”, en cuyo caso quién decidirá será el representante legal.

SEGUNDO.- Por último el documento objeto de análisis reproduce una serie de supuestos conflictivos, todos ellos con un mismo patrón, distinguiendo según si el paciente es menor de 16 años o con edad comprendida entre 16 y 18 años. Ahora bien, alguno de estos supuestos son de una legalidad más que dudosa, en particular cuando se refiere al paciente menor maduro que presta su consentimiento a una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud, y son los representantes legales los que se oponen (epígrafe 2.a.5). En tal caso el documento objeto de comentario, siguiendo el criterio de la Fiscalía General del Estado manifestado en la Circular 1/2012, señala que ante esta discrepancia con los representantes legales debe prevalecer la capacidad de autodeterminación del menor maduro.

No estoy de acuerdo, esta opción sería legítima antes de que se hubiese llevase a cabo la última reforma de la Ley 41/2002. Según la redacción actual del art. 9 de la Ley 41/2002, ante situaciones que comporten “grave riesgo para la salud y/o la vida del menor”, sencillamente el paciente menor de edad NO decide, el consentimiento lo debe prestar el representante legal, única decisión con eficacia jurídica. Y si la decisión del representante legal resultase contraria al interés del menor, la alternativa no es que se deba respetar la decisión de éste último sino que deberá actuarse conforme al art. 9.6 de la Ley, que dispone “*deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.*”

TERCERO.- Del mismo modo resulta cuestionable el nuevo modelo de consentimiento conjunto paciente menor/representante legal cuando se trate de intervenciones de cirugía estética y medicina voluntaria o satisfactiva. Para tales supuestos, la OMC exige dos consentimientos, el consentimiento del paciente menor maduro, y además, el consentimiento de los padres/representantes legales, pese al silencio que guarda al respecto el legislador.

Pero es el documento aprobado por el Departamento de Salud de la Comunidad Foral de Navarra el que quizá esté más alejado del marco normativo actual. Se trata de un documento muy esquemático sin fechar, si bien hay que colegir que su elaboración es posterior a las modificaciones de julio de 2015 realizadas tanto en la Ley de Autonomía del Paciente como en la LO 1/1996, de 15 de enero si tenemos en cuenta que en el apartado de “supuestos especiales” de este mismo documento, se cita el RD 1090/2015, de 4 de diciembre, de fecha posterior.

En este documento se dice respecto de situaciones extraordinarias con grave riesgo para el paciente, que si el menor estuviese en contra de la intervención y los padres a favor se debe respetar la decisión del menor maduro. Y a la inversa, si son los representantes legales/padres los que están en contra de la intervención mientras que el paciente menor maduro se mostrase favorable a la intervención, debe igualmente respetarse su decisión. Evidentemente este esquema lógico podría aceptarse antes de la última modificación legislativa, pero desde luego no en el momento actual.

Del mismo modo resulta igualmente criticable el esquema diseñado para la toma de decisiones en situaciones de urgencia vital. El documento incorpora una serie de supuestos que no resultan admisibles en Derecho en el momento actual. En situaciones de urgencia vital, y aunque sea una obviedad, estamos ante un riesgo que ya es grave para la salud/vida del paciente, y por tanto, por definición, quién deberá decidir -siempre que las circunstancias lo permitan- serán los padres/representantes legales (no el menor), y si la decisión de los representantes fuese contraria a la intervención, poniendo con ello en peligro los intereses del paciente menor maduro que se mostrase favorable a la intervención, el conflicto no se deberá resolver dando preferencia al criterio del menor tal y como indica el documento navarro, sino de un modo bien distinto; como establece el art. 9 de la Ley 41/2002, en estas situaciones habrá que judicializar el caso salvo que la propia urgencia haga imposible obtener la autorización judicial, en cuyo caso será el facultativo el que adoptará las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

LEGISLACIÓN

*Sección a cargo de **Lola González García**
Subdirectora de Gestión de RRHH
Complejo Hospitalario de Toledo
Servicio de Salud de Castilla-La Mancha*

LEGISLACIÓN ESTATAL

- Real Decreto 279/2016, de 24 de junio, sobre acreditación de institutos de investigación biomédica o sanitaria. B.O.E. de 5 de julio de 2016.
- Real Decreto 299/2016, de 22 de julio, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a campos electromagnéticos. B.O.E. de 29 de julio de 2016.
- Real Decreto 311/2016, de 29 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en materia de trabajo nocturno. B.O.E. de 30 de julio de 2016.
- Real Decreto 300/2016, de 22 de julio, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos. B.O.E. de 8 de agosto de 2016.
- Real Decreto 318/2016, de 5 de agosto, por el que se regula el procedimiento de autorización para la realización de actividades de promoción y publicidad de la donación de células y tejidos humanos. B.O.E. de 26 de agosto de 2016.
- Real Decreto 415/2016, de 3 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. B.O.E. de 4 de noviembre de 2016.
- Orden JUS/805/2016, de 25 de mayo, por la que se corrigen errores en la Orden JUS/607/2016, de 22 de abril, por la que se crean los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Ceuta y Melilla. B.O.E. de 31 de mayo de 2016.
- Orden SSI/748/2016, de 11 de mayo, por la que se incluyen determinadas sustancias en el anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación y se transfiere de lista de control la sustancia 1-benzilpiperazina (BZP). B.O.E. de 18 de mayo de 2016.
- Orden SSI/795/2016, de 24 de mayo, por la que se modifica el anexo II del Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión. B.O.E. de 28 de mayo de 2016.
- Orden PRE/922/2016, de 10 de junio, por la que se crea el órgano administrativo encargado de la ejecución del programa de apoyo a la celebración del acontecimiento de excepcional interés público “Prevención de la Obesidad. Aligera tu vida”. B.O.E. de 11 de junio de 2016.
- Orden SSI/1305/2016, de 27 de julio, por la que se procede a la actualización en 2016 del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud. B.O.E. de 2 de agosto de 2016.
- Orden ESS/1452/2016, de 10 de junio, por la que se regula el modelo de diligencia de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. B.O.E. de 12 de septiembre de 2016.

- Resolución de 18 de abril de 2016, de la Mutua General Judicial, por la que se regula la asistencia sanitaria fuera del territorio nacional. B.O.E. de 06 de mayo de 2016.
- Resolución de 6 de junio de 2016, de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, por la que se modifica el anexo I de la Orden de 20 de enero de 1994, por la que se fijan modalidades de control sanitario de productos de comercio exterior destinados a uso y consumo humano y los recintos aduaneros habilitados para su realización. B.O.E. de 4 de agosto de 2016.
- Resolución de 20 de septiembre de 2016, del Instituto de Salud Carlos III, por la que se incorporan y suprimen procedimientos de tramitación electrónica a través del Registro Electrónico del Instituto de Salud Carlos III. B.O.E. de 3 de octubre de 2016.
- Resolución de 18 de abril de 2016, de la Mutua General Judicial, por la que se regula la asistencia sanitaria fuera del territorio nacional. B.O.E. de 06 de mayo de 2016.
- Orden de 2 de junio de 2016, por la que reduce el plazo de respuesta quirúrgica de diversos procedimientos incluidos en el Anexo I del Decreto 209/2001, de 18 de septiembre, por el que se establece la garantía de plazo de respuesta quirúrgica en el sistema sanitario público de Andalucía. B.O.J.A. de 08 de junio de 2016.
- Orden de 3 de octubre 2016. Regula las condiciones, requisitos y funcionamiento de las Unidades de Atención Infantil Temprana. B.O.J.A. de 07 de octubre de 2016.
- Resolución de 11 de mayo 2016. Dicta instrucciones relativas a la aplicación de la Resolución de 29-10-2015 (LAN 2015\421), de la Secretaría General para la Administración Pública, sobre complementos para la situación de incapacidad temporal y retribuciones para las ausencias por enfermedad o accidente que no den lugar a incapacidad temporal. B.O.J.A. de 16 de mayo de 2016.

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

ANDALUCÍA

- Decreto 155/2016, de 27 de septiembre, por el que se regulan los requisitos técnico-sanitarios, de espacios, de señalización e identificación de las oficinas de farmacia, así como los procedimientos de autorización de las mismas para la elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales. B.O.J.A. de 30 de septiembre de 2016.
- Decreto-ley 5/2016, de 11 de octubre, por el que se regula la jornada de trabajo del personal empleado público de la Junta de Andalucía. B.O.J.A. de 19 de octubre de 2016.
- Decreto 158/2016, de 4 de octubre, de Consejería de Salud, por el que se modifica el Decreto 61/2012, de 13 de marzo, por el que se regula el procedimiento de la autorización sanitaria de funcionamiento y la comunicación previa de inicio de actividad de las empresas y establecimientos alimentarios, y se crea el Registro Sanitario de Empresas y Establecimientos Alimentarios de Andalucía. BOJA núm. 195 de 10 de octubre de 2016. B.O.J.A. de 10 de octubre de 2016.
- Orden de 10 de mayo de 2016, por la que se establece el procedimiento de integración voluntaria directa en el régimen estatutario del Servicio Andaluz de Salud del personal civil, tanto laboral fijo, sanitario y no sanitario, como funcionario de carrera, que esté adscrito y preste sus servicios en el Hospital General Básico de la Defensa «San Carlos» de San Fernando, Cádiz. B.O.J.A. de 16 de mayo de 2016.
- Resolución de 21 de julio de 2016, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se anuncia convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud. BOJA de 29 de julio 2016.
- Resolución de 28 de julio de 2016, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se anuncia convocatoria de selección de las oficinas de farmacia a las que se vincularán los depósitos de medicamentos de los centros sociosanitarios residenciales con cincuenta o menos camas. BOJA de 05 de agosto de 2016.
- Acuerdo de 21 de junio de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de

2 de junio de 2016, sobre calendario para la recuperación progresiva de los derechos suspendidos por la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de medidas fiscales, administrativas, laborales y en materia de hacienda pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía. B.O.J.A. de 24 de junio de 2016.

- Acuerdo de 6 de septiembre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza la modificación de los Estatutos de la Escuela Andaluza de Salud Pública, S.A. B.O.J.A. de 09 de septiembre de 2016.
- Acuerdo de 25 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Anexo III del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21 de junio de 2005, por el que se determinan los servicios y actividades de carácter sanitario susceptibles de ser retribuidos mediante precios públicos. B.O.J.A. de 31 de octubre de 2016.
- Acuerdo de 8 de noviembre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 4 de septiembre de 2013, para la selección de personal temporal del Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, Especialidades Farmacia y Veterinaria. B.O.J.A. de 14 de noviembre de 2016.
- Orden de 8 de noviembre de 2016, por la que se modifica la Orden de 14 de octubre de 2005, por la que se fijan los precios públicos de los servicios sanitarios prestados por centros dependientes del Sistema Sanitario Público de Andalucía. B.O.J.A. de 14 de noviembre de 2016.

ARAGÓN

- Decreto-Ley 1/2016, de 17 de mayo, del Gobierno de Aragón, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario. B.O.A. de 19 de mayo de 2016.
- Decreto 72/2016, de 14 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica el Decreto 110/2005, de 24 de mayo, por el que se crea el Registro de Delegados de Prevención y de Comités de Seguridad y Salud y se regula el depósito de las comunicaciones de designación y constitución de los mismos. B.O.A. de 24 de junio de 2016.
- Decreto 73/2016, de 14 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se crea el Registro de entidades especializadas acreditadas para actuar como servicios de prevención ajenos y de personas o entidades especializadas autorizadas para desarrollar la actividad de auditoría o evaluación externa del sistema de prevención en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón. B.O.A. de 24 de junio de 2016.
- DECRETO 117/2016, de 26 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica parcialmente el Decreto 229/2007, de 18 de septiembre, del Gobierno de Aragón, de creación de la categoría de Enfermero Especialista en Salud Mental. B.O.A. de 3 de agosto de 2016.
- Orden SAN/372/2016, de 18 de abril, por la que se regula la emisión electrónica de diplomas en el ámbito de formación y perfeccionamiento del Servicio Aragonés de Salud y se crea el Registro informatizado de sus actividades formativas. B.O.A. de 04 de mayo de 2016.
- Orden CDS/503/2016, de 26 de abril, por la que publica el Protocolo de colaboración entre el Servicio Aragonés de Salud y el Instituto Aragonés de Servicios Sociales para la selección de personal temporal. B.O.A. de 06 de junio de 2016.
- ORDEN PRE/727/2016, de 30 de junio, del Departamento de Presidencia, por la que se modifica la Relación de Puestos de Trabajo correspondiente a las categorías de Médicos Forenses y Facultativos del Instituto de Medicina Legal de Aragón. B.O.A. de 03 de agosto de 2016.
- Orden PRE/1182/2016, de 30 de agosto, por la que se establece la cuantía de los precios públicos de los análisis de drogas de abuso realizados por el Instituto de Medicina Legal de Aragón. B.O.A. de 23 de septiembre de 2016.
- Orden SAN/1133/2016, de 1 de septiembre. Establece las normas de funcionamiento de los Consejos de Salud de Zona. B.O.A. de 20 de septiembre de 2016.
- Orden PRE/1212/2016, de 14 de septiembre, por la que se dispone la publicación del convenio de colaboración entre el Servicio Aragonés de Salud y el Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud en materia de investigación, formación de personal y transferencia del conocimiento en Biomedicina y Ciencias de la Salud. B.O.A. de 28 de septiembre de 2016.

- RESOLUCIÓN de 15 de junio de 2016, de la Secretaría General Técnica del Departamento de Sanidad, por la que se modifica el anexo I de la Orden de 25 de marzo de 2014, del Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Familia, por la que se regula la tramitación por medios telemáticos de determinados procedimientos administrativos en materia de Sanidad, Bienestar Social y Familia, de la Dirección General de Calidad y Atención al Usuario. B.O.A. de 22 de agosto de 2016.

ASTURIAS

- Decreto 55/2016, de 5 de octubre, por el que se regula la estructura y funcionamiento del Servicio de Emergencias del Principado de Asturias. B.O.P.A. de 06 de octubre de 2016.
- Decreto 54/2016, de 28 de septiembre, Regula la instalación y la utilización de desfibriladores externos fuera del ámbito sanitario, así como la formación y acreditación de las entidades formadoras para este uso. B.O.P.A. de 06 de octubre de 2016.
- Decreto 61/2016, de 3 de noviembre, por el que se regula el Registro del Principado de Asturias de trabajadores expuestos a agentes cancerígenos o mutágenos. B.O.P.A. de 11 de noviembre de 2016.
- Resolución de 29 de abril de 2016, de la Consejería de Sanidad, por la que se aprueban las instrucciones relativas al procedimiento de nombramiento de tutores en las unidades docentes adscritas a la Dirección General de Planificación Sanitaria de la Consejería de Sanidad. B.O.P.A. de 09 de mayo de 2016.
- Resolución de 11 de octubre de 2016, de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por la que se convocan ayudas sociales a personas con hemofilia y otras coagulaciones congénitas que hayan sido contaminadas con el virus de la hepatitis C como consecuencia de haber recibido transfusiones sanguíneas o tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público del Principado de Asturias y que figuren en el censo definitivo creado por la Administración estatal. B.O.P.A. de 24 de octubre de 2016.
- Acuerdo de 11 de mayo de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica, en ejecución de sentencia, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 26 de febrero de 2014 por el que se

fijan para 2014 las cuantías de las retribuciones del personal al servicio de la Administración del Principado de Asturias. B.O.P.A. de 18 de mayo de 2016.

- Acuerdo de 14 de septiembre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de junio de 2016 por el que se fijan para 2016 las cuantías de las retribuciones del personal al servicio de la Administración del Principado de Asturias. B.O.P.A. de 17 de septiembre de 2016 .

BALEARES

- Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia. B.O.I.B. de 02 de junio de 2016.
- Ley 14/2016, de 26 de octubre, por la que se establecen ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido un tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito sanitario público de las Illes Balears. B.O.I.B. de 11 de noviembre de 2016.
- Decreto 55/2016, de 16 de septiembre, de gestión de la prestación sanitaria en materia de salud bucodental para la población de 6 a 15 años de las Illes Balears. B.O.I.B. de 17 de septiembre de 2016.
- Decreto 64/2016, de 28 de octubre de 2016, por el que se crean categorías nuevas de personal estatutario en el ámbito del Servicio de Salud de las Illes Balears y se cambia la denominación de tres categorías ya existentes. B.O.I.B. de 29 de octubre de 2016.
- Orden de la Consejera de Salud de 12 de julio de 2016 por la que se aprueba la atribución de funciones a los puestos de trabajo de la Consejería de Salud y del Servicio de Salud de las Islas Balears. B.O.I.B. de 26 de julio de 2016.
- Orden de la consejera de Salud de 25 de octubre de 2016, de modificación de la Orden del Consejero de Salud y Consumo de 19 de enero de 2011, por la que se fijan las cuantías de

las compensaciones por desplazamiento de los usuarios del Servicio de Salud de las Illes Balears por razón de asistencia sanitaria, y se regula el procedimiento para obtenerlas. B.O.I.B. de 10 de noviembre de 2016.

- Orden SAN/31/2016, de 23 de junio, por la que se crea y regula el Comité Corporativo de Farmacia en el ámbito del Servicio Cántabro de Salud. B.O.I.B. de 4 de julio de 2016.
- Resolución del Director General del Servicio de Salud de las Islas Baleares de 16 de mayo de 2016 por la que se convoca un procedimiento extraordinario para acceder al modelo de carrera profesional del personal del Servicio de Salud de las Islas Baleares. B.O.I.B. de 19 de mayo de 2016.
- Resolución de la Directora General de Salud Pública y Participación de 30 de agosto de 2016 por la que se incluyen las nuevas pautas generales de la vacuna infantil frente la varicela y la vacuna antineumocócica conjugada en el calendario de vacunaciones infantiles sistemáticas de las Illes Balears y se incluyen en el Programa de Vacunación de Salud Pública de las Islas B.O.I.B. de 08 de septiembre de 2016.
- Acuerdo del Consejo de Gobierno de día 30 de septiembre de 2016 por el que se modifica el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 9 de noviembre de 2012 por el que se determinan las situaciones de carácter excepcional en las que se reconoce un complemento económico de la prestación reconocida por la Seguridad Social hasta llegar a alcanzar, como máximo, el 100% de las retribuciones que correspondan a las personas afectadas en cada caso. B.O.I.B. de 01 de octubre de 2016.
- Acuerdo de 7 de octubre de 2016 del Consejo de Gobierno por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 30 de septiembre de 2016 por el que se establece un adelanto a cuenta del complemento de carrera de 2016 para el personal que accede por primera vez al sistema de carrera profesional previsto en el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 17 de marzo de 2016 por el que se aprueba el Texto consolidado de los acuerdos sobre el sistema de promoción, desarrollo y carrera profesional del personal estatutario dependiente del Servicio de Salud de las Illes Balears. B.O.I.B. de 08 de octubre de 2016.

CANARIAS

- Decreto 73/2016, de 20 de junio, por el que se crean y suprimen determinadas categorías y especialidades de personal estatutario en el ámbito de las instituciones sanitarias del Servicio Canario de la Salud y se modifica la denominación de la categoría estatutaria ATS/DUE. B.O.C. de 28 de junio de 2016.
- Decreto 132/2016, de 26 de septiembre, por el que se aprueba el Plan de Salud de Canarias 2016-2017. B.O.C. de 29 de septiembre de 2016.
- Orden de 20 de octubre de 2016, por la que se establece el Registro de Actividad de Atención Sanitaria Especializada de Canarias (RAE-CMBD de Canarias). B.O.C. de 28 de octubre de 2016.
- Orden de 23 de septiembre de 2016, por la que se delega en la persona titular de la Presidencia del Servicio Canario de la Salud y de la Consejería de Sanidad, la competencia en materia de contratación, referida a conciertos con entidades privadas, para la provisión de plazas de centros acreditados en el ámbito de la dependencia, destinadas a pacientes con alta hospitalaria. B.O.C. de 03 de octubre de 2016.
- Resolución de 18 de mayo de 2016, del Secretario General, por la que se dispone la publicación del Convenio de Colaboración entre la Administración General del Estado (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) y el Servicio Canario de la Salud para la realización de rotaciones de la especialidad de Medicina Preventiva y Salud Pública en los Centros de Vacunación Internacional y los Servicios de Sanidad Exterior ubicados en Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife. B.O.C. de 26 de mayo de 2016.

CANTABRIA

- Orden SAN/40/2016, de 19 de septiembre, por la que se aprueba para el año 2016 la convocatoria de subvenciones al personal de Atención Primaria del Servicio Cántabro de Salud, por los gastos extraordinarios por daños materiales en sus vehículos derivados de accidentes de tráfico ocurridos en desplazamientos efectuados por razón del servicio durante 2016. B.O.C. de 28 de septiembre de 2016.

- Orden SAN/43/2016, de 29 de septiembre, por la que se establece el modelo de contrato para la realización de ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios en el Sistema Sanitario Público de Cantabria. B.O.C. de 07 de octubre de 2016.

CASTILLA – LA MANCHA

- Ley 1/2016, de 22 de abril, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2016. D.O.C.M. de 30 de abril de 2016.
- Decreto 18/2016, de 03/05/2016, del Registro de Actividad de Atención Sanitaria Especializada de Castilla-La Mancha. D.O.C.M. de 16 de mayo de 2016.
- Orden de 25/05/2016, de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre normas de elaboración de los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2017. D.O.C.M. de 3 de junio de 2016.
- Orden de 08/09/2016, de la Consejería de Sanidad, por la que se regula la composición y las normas de funcionamiento de la Comisión Técnica del Registro de Actividad de Atención Sanitaria Especializada de Castilla-La Mancha (RAE-CLM). D.O.C.M. de 21 de septiembre de 2016.
- Orden de 06/10/2016, de la Consejería de Sanidad, por la que se determinan las enfermedades congénitas, endocrinas y metabólicas objeto de detección precoz en los recién nacidos. D.O.C.M. de 10 de octubre de 2016.
- Resolución de 06/05/2016, de la Consejería de Sanidad, por la que se crea la Red de Expertos y Profesionales en Seguridad del Paciente. D.O.C.M. de 24 de mayo de 2016.
- Resolución de 20/04/2016, de la Dirección General de Trabajo, Formación y Seguridad Laboral, por la que se acepta el depósito y se dispone la publicación del acuerdo de modificación del Pacto de Estabilización del Empleo del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (Sescam). D.O.C.M. de 09 de mayo de 2016.

- Resolución de 12/05/2016, de la Consejería de Sanidad, por la que se crea la Red de Expertos y Profesionales de Educación para la Salud y Escuelas de Pacientes. D.O.C.M. de 09 de junio de 2016.
- Resolución de 20 de junio de 2016, de la Dirección-Gerencia, por la que se crea la Red de Expertos y Profesionales de Imagen Médica Radiológica. D.O.C.M. de 28 de junio de 2016.
- Resolución de 15/06/2016, de la Dirección-Gerencia, sobre las condiciones económicas aplicables a la prestación de determinados servicios de asistencia sanitaria a través de medios ajenos, en el ámbito de gestión del Sescam. D.O.C.M. de 30 de junio de 2016.
- Resolución de 11/08/2016, de la Dirección General de Trabajo, Formación y Seguridad Laboral, por la que se acepta el depósito y se dispone la publicación del Pacto sobre movilidad interna voluntaria en el ámbito de Atención Sanitaria Especializada del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (Sescam). D.O.C.M. de 21 de septiembre de 2016.
- Resolución de 17 de octubre de 2016, de la Dirección-Gerencia, por la que se crea la Red de Expertos y Profesionales de Cuidados Paliativos. D.O.C.M. de 26 de octubre de 2016.

CASTILLA Y LEÓN

- DECRETO 18/2016, de 7 de julio, por el que se crea el Registro de Empresas y Actividades Alimentarias de Castilla y León y se regulan los procedimientos de autorización sanitaria de funcionamiento y comunicación previa de actividad de los establecimientos y empresas alimentarias. B.O.C.Y.L. de 11 de julio de 2016.
- DECRETO 42/2016, de 10 de noviembre, por el que se establece la organización y funcionamiento de la Gerencia Regional de Salud. B.O.C.Y.L. de 11 de noviembre de 2016.
- Orden SAN/512/2016, de 6 de junio. Crea, amortiza y modifica Demarcaciones Asistenciales Médicas y de Enfermería en Castilla y León. B.O.C.Y.L. de 17 de junio de 2016.
- Orden SAN/476/2016, de 20 de mayo. Modifica la Orden 77/2014, de 6-2-2014 (LCyL 2014\62), por la que se aprueban las bases reguladoras de

la movilidad voluntaria del personal estatutario fijo en el Servicio de Salud de Castilla y León. B.O.C.Y.L. de 07 de junio de 2016.

- Orden SAN/713/2016, de 29 de julio, por la que se regulan las bases comunes para la constitución de bolsas de empleo de personal estatutario temporal, de los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, y se regula el funcionamiento de las mismas. B.O.C.Y.L. de 25 de agosto de 2016.
- Orden PRE/773/2016, de 18 de agosto, por la que se regula la concesión de permisos al personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, con motivo de las elecciones sindicales. B.O.C.Y.L. de 15 de septiembre de 2016.
- ORDEN SAN/620/2016, de 30 de junio, por la que se regula la organización y funcionamiento de la Red Centinela Sanitaria de Castilla y León. B.O.C.Y.L. de 11 de julio de 2016.
- ORDEN SAN/654/2016, de 13 de julio, por la que se crean y modifican ficheros automatizados de datos de carácter personal de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León. B.O.C.Y.L. de 26 de julio de 2016.
- ORDEN SAN/713/2016, de 29 de julio, por la que se regulan las bases comunes para la constitución de bolsas de empleo de personal estatutario temporal, de los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, y se regula el funcionamiento de las mismas. B.O.C.Y.L. de 25 de agosto de 2016.
- Resolución de 10 de mayo 2016. Dispone la publicación de los Manuales para la Evaluación de Competencias Profesionales para acceso a Grado III de Carrera Profesional. B.O.C.Y.L. de 16 de mayo de 2016.
- Resolución de 30 de agosto de 2016, de la Gerencia Regional de Salud, por la que se declara la uniformidad del material especificado, con destino a los Centros Sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León. B.O.C.Y.L. de 12 de septiembre de 2016.
- Acuerdo 66/2016, de 27 de octubre, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban las directrices que ordenan el funcionamiento del modelo integrado de atención sociosanitaria para personas con discapacidad por enfermedad mental. B.O.C.Y.L. de 31 de octubre de 2016.

CATALUÑA

- Orden SLT/91/2016, de 6 de abril, por la que se modifica la delimitación de varias áreas básicas de salud. D.O.G.C. de 02 de mayo de 2016.
- ORDEN SLT/175/2016, de 20 de junio, por la que se actualiza el calendario de vacunaciones sistemáticas. DOGC, de 4 de julio de 2016.
- ORDEN SLT/186/2016, de 5 de julio, por la que se prorroga la validez de los carnés de aplicadores de tratamientos de desinsectación, desinfección y desratización (DDD). DOGC, de 12 de julio de 2016.
- Orden SLT/233/2016, de 2 de septiembre, por la que se actualiza el anexo del Decreto 196/2010, de 14 de diciembre, del sistema sanitario integral de utilización pública de Cataluña (SIS-CAT). D.O.G.C. de 12 de septiembre de 2016.
- Orden SLT/246/2016, de 29 de agosto, por la que se determinan, para el año 2016, los precios unitarios de la atención psiquiátrica y de salud mental. D.O.G.C. de 27 de septiembre de 2016.
- Orden SLT/242/2016, de 29 de agosto, por la que se establecen las tarifas máximas para el año 2016 de los servicios de atención integral a la acondroplasia, otras displasias y trastornos del crecimiento que contrate el Servicio Catalán de la Salud. D.O.G.C. de 27 de septiembre de 2016.
- Orden SLT/248/2016, de 29 de agosto, por la que se determinan para el año 2016 los precios unitarios para la contraprestación de la atención hospitalaria y especializada. D.O.G.C. de 27 de septiembre de 2016.
- Orden SLT/250/2016, de 29 de agosto. Determina, para el año 2016, la cápita media correspondiente al sistema de contraprestación de la atención especializada familiar y comunitaria y de salud pública en el ámbito de la atención primaria. D.O.G.C. de 27 de septiembre de 2016.
- Orden 245/2016, de 29 de agosto. Establece para el año 2016 las tarifas máximas de determinadas técnicas de terapia respiratoria domiciliar que contrate el Servicio Catalán de la Salud. D.O.G.C. de 27 de septiembre de 2016.

- Orden 244/2016., de 29 de agosto. Establece para el año 2016 las tarifas máximas de los servicios de diálisis realizados por los centros y establecimientos sanitarios de ámbito no hospitalario que contrate el Servicio Catalán de la Salud. D.O.G.C. de 27 de septiembre de 2016.
- Orden 243/2016, de 29 de agosto. Establece para el año 2016 la tarifa máxima de los servicios de litotricia que contrate el Servicio Catalán de la Salud. D.O.G.C. de 27 de septiembre de 2016.
- Acuerdo GOV/56/2016, de 10 de mayo, por el que se aprueban los Estatutos del Consorcio Corporación Sanitaria ParcTaulí de Sabadell. D.O.G.C. de 12 de mayo de 2016.
- Acuerdo GOV/59/2016, de 10 de mayo, por el que se aprueban los Estatutos del Consorcio del Laboratorio Intercomarcal de L'AltPenedès, L'Anoia y El Garraf. D.O.G.C. de 12 de mayo de 2016.
- Acuerdo GOV/57/2016, de 10 de mayo, por el que se aprueban los Estatutos del Consorcio Sanitario de El Maresme. D.O.G.C. de 12 de mayo de 2016.
- Acuerdo GOV/58/2016, de 10 de mayo, por el que se aprueban los Estatutos del Consorcio Sanitario de L'Anoia. D.O.G.C. de 12 de mayo de 2016.
- Acuerdo GOV/64/2016, de 17 de mayo, por el que se autoriza la modificación de los Estatutos de la empresa pública Parque Sanitario Pere Virgili y se aprueba el texto íntegro. D.O.G.C. de 19 de mayo de 2016.
- Acuerdo GOV/86/2016, de 28 de junio Modifica la composición de la Comisión Interdepartamental del Plan integral de atención a las personas con trastorno mental y adicciones (LCAT 2010\759. D.O.G.C. de 30 de junio de 2016.
- ACUERDO GOV/101/2016, de 19 de julio, por el que se aprueba el Plan de salud de Cataluña 2016-2020. DOGC, de 21 de julio de 2016.
- Acuerdo GOV/132/2016, de 11 de octubre, por el que se aprueban los Estatutos del Banco de Sangre y Tejidos. D.O.G.C. de 14 de octubre de 2016.
- Acuerdo 21/2016, de 28 de septiembre, del Consejo de Administración del Instituto Catalán de la Salud por el que se atribuyen competencias a las gerencias territoriales del Instituto y al director del Hospital Universitario Vall d'Hebron en materia de recursos humanos. D.O.G.C. de 26 de octubre de 2016.
- ACUERDO de 27 de octubre de 2016, de delegación de competencias en el titular de la Dirección General. DOGC, de 10 de noviembre de 2016.
- Resolución SLT/1158/2016, de 12 de abril, por la que se publica el Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud (ICS) para el periodo 2016-2020. D.O.G.C. de 11 de mayo de 2016.
- Resolución SLT/1243/2016, de 11 de mayo Modifica la Resolución SLT/427/2014, de 25-2-2014 (LCAT 2014\141), sobre la implantación de la tasa para la renovación y reposición de la tarjeta sanitaria individual del CatSalut. D.O.G.C. de 23 de mayo de 2016.
- Resolución SLT/1318/2016, de 6 de mayo. Aprueba los criterios de selección de los miembros del Consejo Asesor de Salud Pública. D.O.G.C. de 27 de mayo de 2016.
- Resolución SLT/1379/2016, de 5 de mayo por la que se prueba los criterios para la declaración de idoneidad de las unidades de experiencia para la atención a las personas afectadas por el síndrome de sensibilización central. D.O.G.C. de 03 de junio de 2016.
- Resolución SLT/1545/2016, de 20 de junio, por la que se abre la convocatoria para la concesión de subvenciones para la financiación a entidades privadas sin afán de lucro que realicen actuaciones en el ámbito de la salud para la prevención de la infección por VIH/sida correspondientes a los años 2016 y 2017. D.O.G.C. de 23 de junio de 2016.
- Resolución SLT/1393/2016, de 26 de mayo, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Dirección del Servicio Catalán de la Salud, de 22 de febrero de 2016, por el que se modifica la estructura de los órganos centrales del Servicio Catalán de la Salud y se aprueba un texto refundido de la estructura de los órganos centrales y de los órganos territoriales del Servicio Catalán de la Salud. D.O.G.C. de 06 de junio de 2016.

- RESOLUCIÓN SLT/1731/2016, de 4 de julio, de delegación de competencias del director gerente del Instituto Catalán de la Salud en la persona titular de la Dirección de Personas y Desarrollo Profesional. DOGC, de 15 de julio de 2016.
- RESOLUCIÓN SLT/1807/2016, de 18 de julio, por la que se da publicidad a los convenios de colaboración formalizados por el Servicio Catalán de la Salud (CatSalut) y ratificados por su Consejo de Dirección a lo largo del primer semestre del año 2016. . DOGC, de 25 de julio de 2016.
- RESOLUCIÓN SLT/1873/2016, de 20 de julio, de la directora gerente del Instituto Catalán de la Salud, de revocación de la delegación de competencias en las personas titulares de las gerencias territoriales del Instituto, así como en el/la director/a del Hospital Universitario Vall d'Hebron y titular de la Gerencia del Ámbito de Atención Primaria Barcelona Ciutat. DOGC, de 1 de agosto de 2016.
- RESOLUCIÓN SLT/1977/2016, de 20 de julio, por la que se hace público el Convenio de 2 de enero de 2016, de aprobación del texto refundido del Convenio marco de alianza estratégica entre el Instituto Catalán de la Salud –Gerencia Territorial de Girona– y el Instituto de Asistencia Sanitaria, empresa pública adscrita al Servicio Catalán de la Salud. DOGC, de 23 de agosto de 2016.
- Decreto 178/2016, de 2 de noviembre, por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones a otorgar por la Consejería de Sanidad y Políticas Sociales a las Corporaciones Locales destinadas a la mejora de la infraestructura y/o equipamiento de los centros y servicios sanitarios públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura. D.O.E. de 7 de noviembre de 2016.
- Orden de 22 de abril de 2016 por la que se establece la relación de enfermedades de declaración obligatoria y su declaración a la Red de Vigilancia Epidemiológica de Extremadura. D.O.E. de 05 de mayo de 2016.
- Orden de 16 de agosto de 2016 por la que se establece el procedimiento para la habilitación excepcional para auxiliares de ayudas a domicilio, gerocultores y cuidadores de centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura. D.O.E. de 24 de agosto de 2016.
- Resolución por la que se dispone la publicación del «Pacto por el que se modifica el suscrito sobre composición y funcionamiento de la Comisión del Desarrollo Profesional del Servicio Extremeño de Salud, de 14-5-2008. D.O.E. de 20 de mayo de 2016.
- Resolución de 21 de abril de 2016, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la publicación del “Pacto por el que se modifica el suscrito sobre composición y funcionamiento de la Comisión de Evaluación de la carrera profesional del Servicio Extremeño de Salud, de 13 de julio de 2006”. D.O.E. de 23 de mayo de 2016.

EXTREMADURA

- Decreto-Ley 1/2016, de 10 de mayo, de medidas extraordinarias contra la exclusión social. D.O.E. de 11 de mayo de 2016.
- Decreto 147/2016, de 6 de septiembre, por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones a otorgar por la Consejería de Sanidad y Políticas Sociales, en materia de planificación, formación y calidad sanitarias y sociosanitarias y de participación comunitaria en salud. D.O.E. de 21 de septiembre de 2016.
- Decreto 99/2016, de 5 de julio, por el que se regula la colaboración entre la Junta de Extremadura y las entidades locales en la prestación de información, valoración y orientación de los servicios sociales de atención social básica de la Comunidad Autónoma de Extremadura. D.O.E. de 11 de julio de 2016.

GALICIA

- DECRETO 81/2016, de 23 de junio, por el que se crea en el ámbito del Servicio Gallego de Salud la categoría estatutaria de personal enfermero especialista. D.O.G. de 14 de julio de 2016.
- Orden de 27 de mayo 2016. Fija las tarifas máximas aplicables a la asistencia sanitaria concertada por el Servicio Gallego de Salud y se revisan los precios de los conciertos vigentes. D.O.G. de 09 de junio de 2016.

- Orden de 31 de agosto de 2016 por la que se aprueba el modelo normalizado de solicitud a petición de particulares de pericias forenses al Instituto de Medicina Legal de Galicia en las reclamaciones extrajudiciales formuladas por hechos relativos a la circulación de vehículos a motor. D.O.G. de 13 de septiembre de 2016.
- Orden de 19 de septiembre de 2016 por la que se crea y regula la carpeta personal de salud. D.O.G. de 30 de septiembre de 2016.
- Resolución de 29 de agosto de 2016, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Convenio específico para el año 2016 con la Comunidad Autónoma de Galicia. D.O.G. de 28 de septiembre de 2016.

MADRID

- Decreto 99/2016, de 18 de octubre, Modifica el Decreto 11/2007, de 1 de marzo (LCM 2007/99), por el que se crea el Consejo para el seguimiento del pacto social de la Comunidad de Madrid contra los trastornos del comportamiento alimentario: La anorexia y la bulimia. B.O.C.M. de 20 de octubre de 2016.
- Orden 418/2016, de 20 de mayo. Establece los criterios de actuación en materia de inspección sanitaria y se aprueba el Plan Integral de Inspección de Sanidad de la Comunidad de Madrid para el período 2016 a 2018. B.O.C.M. de 03 de junio de 2016.

MURCIA

- Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. B.O.R.M. de 31 de mayo de 2016.
- Decreto 54/2016, de 8 de junio, por el que se regula la composición y funcionamiento de los órganos de participación ciudadana del sistema sanitario público de la Región de Murcia. B.O.R.M. de 11 de junio de 2016.
- Orden de 2 de agosto de 2016 de la Consejería de Sanidad, por la que se aprueba el protocolo de acreditación de centros, servicios y

establecimientos sanitarios privados de atención al drogodependiente en la Región de Murcia. B.O.R.M. de 12 de agosto de 2016.

- Resolución de 15 de abril de 2016, de la Dirección General de Innovación Educativa y Atención a la Diversidad, por la que se establece un protocolo para la evaluación e intervención ante conductas problemáticas en alumnado con necesidades educativas especiales derivadas de discapacidad intelectual. B.O.R.M. de 10 de mayo de 2016.
- Resolución de 14 de septiembre 2016. Ordena la publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia del Acuerdo del Consejo de Administración por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público del Servicio Murciano de Salud correspondiente al año 2016. B.O.R.M. de 26 de septiembre de 2016.
- Resolución de 14 de septiembre 2016. Aprueba la oferta de plazas del Servicio Murciano de Salud, correspondiente al año 2016, que han de ser provistas mediante el procedimiento de promoción interna. B.O.R.M. de 26 de septiembre de 2016.

NAVARRA

- Orden Foral 201E/2016, de 30 de mayo, del Consejero de Salud, por la que se crea el Servicio de Reumatología del Complejo Hospitalario de Navarra. B.O.N. de 16 de junio de 2016.
- Orden Foral 44/2016, de 10 de mayo, del Consejero de Salud, por la que se establece la estructura orgánica del Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra. B.O.N. de 17 de junio de 2016.
- Orden Foral 83E/2016, de 17 de febrero, del Consejero del Departamento de Salud, por la que se establece el Programa de Detección Precoz de Metabolopatías Congénitas, se crea y regula el Registro Poblacional de Detección Precoz de Metabolopatías Congénitas de Navarra y se crea el fichero de datos de carácter personal correspondiente. B.O.N. de 27 de junio de 2016.
- Orden Foral 42/2016, de 11 de mayo, del Consejero de Salud, por la que se crea la Comisión Central de Farmacia del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. B.O.N. de 10 de junio de 2016.

- ORDEN FORAL 199E/2016, de 30 de mayo, del Consejero de Salud, por la que se establecen los objetivos y responsabilidades del Comité Coordinador del Plan de Salud de Navarra 2014-2020. B.O.N. de 7 de julio de 2016.
- ORDEN FORAL 277E/2016, de 21 de junio, del Consejero de Salud, por la que se establecen los objetivos y responsabilidades de la Estrategia de Promoción de Salud y Autocuidados en población Adulta. B.O.N. de 2 de agosto de 2016.
- ORDEN FORAL 274E/2016, de 17 de junio, del Consejero de Salud, por la que se establecen los objetivos y responsabilidades de la estrategia de Atención a las Urgencias tiempo dependientes. B.O.N. de 3 de agosto de 2016.
- ORDEN FORAL 276E/2016, de 21 de junio, del Consejero de Salud, por la que se establecen los objetivos y responsabilidades de la Estrategia de Prevención y Atención en Salud Mental. B.O.N. de 3 de agosto de 2016.
- ORDEN FORAL 54/2016, de 30 de junio, del Consejero de Salud, por la que se establece la estructura orgánica a nivel de secciones no asistenciales y unidades no asistenciales del Complejo Hospitalario de Navarra. B.O.N. de 8 de agosto de 2016
- ORDEN FORAL 55/2016, de 30 de junio, del Consejero del Salud, por la que se establece la estructura orgánica asistencial y no asistencial del Área de Salud de Estella/Lizarra. B.O.N. de 8 de agosto de 2016
- Orden Foral 63/2016, de 22 de agosto, del Consejero de Salud, por la que se establece la estructura orgánica asistencial y no asistencial de la Gerencia de Atención Primaria. B.O.N. de 08 de septiembre de 2016.
- Orden Foral 64/2016, de 1 de septiembre, del Consejero de Salud, por la que se crea y regula el Registro del Laboratorio Unificado de Navarra y se crea el fichero de datos de carácter personal correspondiente. B.O.N. de 27 de septiembre de 2016.
- Orden Foral 69/2016, de 15 de septiembre, del Consejero de Salud por la que se regulan las estructuras de coordinación y calidad del programa de donación y trasplantes de órganos y tejidos de la Comunidad Foral de Navarra. B.O.N. de 30 de septiembre de 2016.
- Orden Foral 68/2016, de 14 de septiembre, del Consejero de Salud, por la que se establece el procedimiento de designación interina de los puestos de Jefatura de Servicio y Jefatura de Sección Asistencial en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. B.O.N. de 30 de septiembre de 2016.
- Orden Foral 264E/2016, de 17 de junio, del Consejero del Departamento de Salud, por la que se establecen los objetivos y responsabilidades de la Estrategia de Seguridad de Pacientes. B.O.N. de 06 de octubre de 2016.
- Orden Foral 76/2016, de 4 de octubre, del Consejero de Salud, por la que se cancela el fichero automatizado denominado “Utilización Medicamentos y Productos Sanitarios”, dependiente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. B.O.N. de 14 de octubre de 2016.
- Orden Foral 291E/2016, de 18 de julio, del Consejero de Salud, por la que se establece la Estrategia de Prevención y Promoción en población infantil y adolescente de la Comunidad Foral de Navarra. B.O.N. de 06 de octubre de 2016.

PAÍS VASCO

- LEY 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida. B.O.P.V. de 14 de julio de 2016.
- Decreto 78/2016, de 17 de mayo, sobre medidas de seguridad de pacientes que reciban asistencia sanitaria en los centros y servicios sanitarios ubicados en Euskadi. B.O.P.V. de 25 de mayo de 2016.
- Orden de 10 de mayo de 2016, del Consejero de Salud, por la que se crea el Consejo Asesor de Enfermedades Infecciosas Emergentes en Euskadi. B.O.P.V. de 25 de mayo de 2016.
- Orden de 30 de mayo 2016.Desarrolla el Decreto 9/2015, de 27-1-2015 (LPV 2015\40), que regula la instalación y uso de desfibriladores externos automáticos y semiautomáticos y se establece la obligatoriedad de su instalación en determinados espacios de uso público externos al ámbito sanitario. B.O.P.V. de 09 de junio de 2016.

- Orden de 2 de junio de 2016, del Consejero de Salud, por la que se modifica el anexo del Decreto 270/2004, de 28 de diciembre, por el que se establecen las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia y en los almacenes farmacéuticos. B.O.P.V. de 21 de junio de 2016.
- Orden del Consejero de Salud, de 4 de octubre de 2016, sobre recomendaciones de vacunación antigripal para la población mayor de 64 años y grupos de riesgo en la Comunidad Autónoma de Euskadi, para el año 2016. B.O.P.V. de 11 de octubre de 2016.
- RESOLUCIÓN 653/2016, de 20 de junio, del Director General de Osakidetza-Servicio vasco de salud, por la que se crea la Mesa de Contratación adscrita a la Organización Sanitaria Integrada Araba. B.O.P.V. de 19 de julio de 2016.
- Decreto 130/2016, de 7 de octubre, del Consell, por el que se crea y regula el Comité de Bioética de la Comunitat Valenciana y se crean los comités de bioética asistencial de los departamentos de salud como órganos garantes de los derechos de personas usuarias y pacientes del Sistema Valenciano de Salud. D.O.G.V. de 13 de octubre de 2016.
- DECRETO 85/2016, de 8 de julio, del Consell, por el que se prorroga la validez de los carnés de manipulador de biocidas, niveles básico y cualificado, para realizar tratamientos con biocidas en la Comunitat Valenciana. D.O.G.V. de 12 de julio de 2016.
- DECRETO 86/2016, de 8 de julio, del Consell, por el que se crea la Comisión de Evaluación del Impacto en Salud y se regula el procedimiento para la implantación de la Evaluación del Impacto en Salud en la Comunitat Valenciana. D.O.G.V. de 14 de julio de 2016.

LA RIOJA

- Ley 2/2016, de 14 de octubre, por la que se crea el Colegio Profesional de Logopedas de La Rioja. B.O.R. de 19 de octubre de 2016.
- Decreto 30/2016, de 15 de julio, por el que se prorroga la validez de los carnés, niveles básico y cualificado, para la manipulación/aplicación de plaguicidas para uso ambiental y en la industria alimentaria; y se deroga el Decreto 13/1998, de 13 de febrero, por el que se regula la homologación de cursos y la obtención de los carnés de manipuladores-aplicadores de plaguicidas en la Comunidad Autónoma de La Rioja. B.O.R. de 20 de julio de 2016.
- Decreto 40/2016, de 4 de noviembre, por el que se crea la categoría estatutaria de Enfermero/a Especialista y se modifica la denominación de las categorías estatutarias de ATS/DUE y de Auxiliar de Enfermería en el ámbito del Servicio Riojano de Salud. B.O.R. de 9 de noviembre de 2016.
- DECRETO LEY 7/2016, de 4 de noviembre, del Consell, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario. D.O.G.V. de 10 de noviembre de 2016.
- ORDEN 3/2016, de 29 de junio, de 2016, de la Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública, por la que se aprueban las bases reguladoras de concesión de becas para la realización de prácticas profesionales en materia de medios de comunicación social en las dependencias de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública. D.O.G.V. de 5 de julio de 2016.
- ORDEN 4/2016, de 25 de julio, de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se aprueban las bases reguladoras de concesión de becas para la realización de prácticas profesionales en actividades relacionadas con el ejercicio de la salud pública en la Dirección General de Salud Pública y centros dependientes de la misma. D.O.G.V. de 1 de agosto de 2016.

VALENCIA

- Decreto 64/2016, de 27 de mayo. Regula las bases para la designación de las unidades de referencia del sistema sanitario público de la Comunitat Valenciana. D.O.C.V. de 01 de junio de 2016.

urgencia en casos especiales y localización de servicios de urgencia, y procedimiento para la realización de un horario superior al ordinario. D.O.G.V. de 11 de agosto de 2016.

- ORDEN 6/2016, de 4 de agosto, de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se modifica la Orden de 27 de febrero de 2002, de la Conselleria de Sanidad, por la que se establece el informe de Salud del Escolar, como documento sanitario de utilización obligatoria para el acceso a un centro escolar o para el inicio de etapa educativa. D.O.G.V. de 12 de agosto de 2016.
- Acuerdo de 29 de abril 2016Aprueba el IV Plan de Salud de la Comunitat Valenciana 2016-2020. D.O.C.V. de 06 de mayo de 2016.
- Resolución de 9 de junio 2016. Ordena la publicación del I Plan de Igualdad de la Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública. D.O.C.V. de 16 de junio de 2016.
- Resolución de 1 de septiembre 2016, Dicta instrucciones y orientaciones de atención sanitaria específica en centros educativos para regular la atención sanitaria al alumnado con problemas de salud crónica en horario escolar, la atención a la urgencia previsible y no previsible, así como la administración de medicamentos y la existencia de botiquines en centros escolares. D.O.C.V. de 05 de septiembre de 2016.
- Resolución de 25 de agosto de 2016, de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se crean los registros generales de diversos departamentos de salud de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública. D.O.C.V. de 01 de septiembre de 2016.
- Acuerdo de 3 de junio 2016. Establece las remuneraciones aplicables para determinadas actividades de detección precoz del cáncer colorrectal. D.O.C.V. de 07 de junio de 2016.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

ESTUDIOS Y COMUNICACIONES

1. Los originales que se presenten para publicación deberán ser inéditos.
2. En el caso de los ESTUDIOS que aborden en profundidad cualquier tema del Derecho Sanitario, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 80 páginas.
3. En el caso de las COMUNICACIONES que realicen una crónica, apunte o conclusión breve respecto a un tema del Derecho Sanitario, la extensión máxima no podrá superar las 20 páginas.
4. Tanto los ESTUDIOS como las COMUNICACIONES deberá remitirse por correo electrónico a (dlarios@jccm.es y mdgonzalezg@sescam.jccm.es), indicándose en el mismo título original y datos del autor/es.
5. En todo caso se utilizará letra tipo “times new roman”, tamaño 12 para el texto principal y tamaño 10 para las notas a pie de página. No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados, ni subrayados. No deben dividirse las palabras con guiones al final de la línea, ni se dejarán líneas en blanco.
6. La primera página debe de incluir, por este orden:
 - a. Título del artículo
 - b. Nombre y apellidos del autor o autores
 - c. Profesión o título académico del autor y Centro o Institución de trabajo
 - d. Índice o sumario
 - e. Un breve resumen (ABSTRACT) en español e inglés de 20-30 palabras acompañado de 3-5 palabras clave, en los dos idiomas.
 - f. Nombre y dirección del autor o autores y dirección (postal o e-mail) al que los lectores pueden dirigir la correspondencia.
 - g. Fecha de finalización del trabajo
7. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice, siguiendo los siguientes modelos:
 - a. Libros: LAÍN ENTRALGO, Pedro: *La relación médico-enfermo*, Alianza Editorial, Madrid 1983, p36 [o pp. 36-39].
 - b. Capítulos de libros: ESER, Albin: “Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica” en MIR PUIG, S. (Ed.): *Avances de la medicina y derecho penal*, Barcelona, 1988, p.12 [o pp. 12 y ss].
 - c. Artículos de revistas: MORALES PRATS, Fermín: “Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitario”, *Derecho y Salud*, Vol, 9, núm.2, 2001, pp. 141-149.
 - d. Jornadas o Ponencias: PUIG, Jaume: “Innovación tecnológica y mercado sanitario: de la macro-regulación a la micro-regulación”, Ponencia presentada en las *XIV Jornadas de Economía de la Salud: Cambios en la regulación sanitaria*, Asociación de Economía y Salud, Barcelona, 1995, p. 342.
 - e. Sitios de Internet: BARRIOS FLORES, Luis Fernando. El internamiento psiquiátrico en España: de Valencia a Zaragoza (1409-1808). *Rev Cubana Salud Pública*. [online]. Jul.-dic. 2002, vol.28, no.2, p.224-245. Disponible en la URL: http://cielo.sld.cu/cielo.php?script=sci_arttex&pid=S0864-34662002000200009&lng=es&nrm=iso. [Con acceso el 4.3.2006].
8. Los manuscritos serán valorados anónimamente por evaluadores externos al Consejo Editorial de la Revista, expertos en la materia, quienes informarán sobre la conveniencia de su publicación y, en su caso, de introducir modificaciones en el texto.

Adicionalmente, se realizará una revisión por pares que garantice la objetividad de la evaluación.



Asociación Juristas de la Salud
 Facultad de Derecho
 Plaza de la Universidad nº 1
 02071 Albacete - España
<http://www.ajs.es>

SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN A LA REVISTA DERECHO Y SALUD

DATOS SUSCRIPCIÓN

Nombre/Razón Social: _____
 Departamento/Servicio: _____
 Número de ejemplares: _____
 Dirección: _____
 Código Postal: _____
 Población: _____
 Teléfono/s: _____
 Fax: _____
 Dirección e-mail: _____
 DNI/NIF: _____

FORMA DE PAGO

Transferencia A la cuenta 0182-6022-31-0201538629

Domiciliación Bancaria

Titular de la cuenta: _____
 NIF del titular: _____
 Entidad Bancaria: _____
 Oficina: _____
 Dirección oficina: _____
 Código Entidad: (4 dígitos)
 Código Sucursal: (4 dígitos)
 Dígitos de Control: (2 dígitos)
 Cuenta: (10 dígitos)

Importe de la suscripción 62 euros anuales (dos revistas)

Remitir a: info@ajs.es

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "suscriptores" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a info@ajs.es, indicando "derechos ARCO".



Asociación Juristas de la Salud
Facultad de Derecho
Plaza de la Universidad nº 1
02071 Albacete - España
<http://www.ajs.es>

SOLICITUD DE ASOCIACIÓN

DATOS SUSCRIPCIÓN

Nombre: _____
Primer apellido: _____
Segundo apellido: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____
Población: _____
Teléfono/s: _____
Fax: _____
Dirección e-mail: _____
DNI/NIF: _____

DATOS BANCARIOS

Titular de la cuenta: _____
NIF del titular: _____
Entidad Bancaria: _____
Oficina: _____
Dirección oficina: _____
Código Entidad: (4 dígitos)
Código Sucursal: (4 dígitos)
Dígitos de Control: (2 dígitos)
Cuenta: (10 dígitos)

ENVÍO CORRESPONDENCIA (cuando sea diferente del domicilio)

Lugar de trabajo: _____
Cargo: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____

Cuota de la Asociación 82 euros anuales

Remitir a: info@ajs.es

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "socios" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a info@ajs.es, indicando "derechos ARCO".