

# NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN EL ÁMBITO SANITARIO

Vicente  
Lomas Hernández

*Doctor en Derecho*  
*Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica del SESCAM*

## SUMARIO

I. Recursos Humanos. II. Derechos de pacientes. III. Prestaciones sanitarias. IV. Facturación gastos sanitarios COVID. V. Responsabilidad sanitaria. VI. Retribuciones personal MIR. VII. Protección de datos personales. VIII. Vacunación COVID menores de edad. IX. Reintegro de gastos sanitarios. X. Profesiones sanitarias. XI. Sistema Nacional de Salud. XII. Derecho procesal.

## RESUMEN

El presente artículo recoge la relación de resoluciones judiciales presentadas en el Congreso de la Asociación de Juristas de la Salud 2022, Mesa de Trabajo titulada “Novedades legislativas y jurisprudenciales”, coordinada por Dña. Susana López Altuna, y compartida con el ponente D. Antonio Rivas López.

Las sentencias figuran agrupadas en los siguientes bloques temáticos:

### I. RECURSOS HUMANOS

#### 1. Abuso de la Administración sanitaria de personal temporal y sus consecuencias:

##### *1.1 Nombramiento de interinidad. Abuso de la Administración*

*STS 16-12-2021, nº 1510/2021, rec. 6157/2018.*

Desde el 6 de diciembre de 2002 y hasta el 20 de noviembre de 2008 doña Esperanza desempeñó funciones de su condición de enfermera, estableciéndose la relación laboral a través de diversos

nombramientos de personal estatutario temporal (de carácter eventual y de sustitución), caracterizándose por ser de muy diversa duración -de días a pocos meses-, en diversos centros de trabajo, y por no ser nombramientos sucesivamente encadenados.

Después, el 1 de diciembre de 2009, recibió un nombramiento temporal, esta vez de carácter interino por ocasión de vacante, desempeñando las funciones de enfermera que le son propias en el mismo Centro de Salud de Lumbrales hasta el 22 de noviembre de 2016, momento en que fue dictado el acto de cese impugnado.

La Sala declara:

- a) Resulta aplicable el concepto de “ sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada “ de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco que incorpora la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999.

*“...de los hechos que han quedado reflejados deriva claramente que la relación de servicio de duración determinada que le une a esa administración territorial se caracteriza porque (i) lo es hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva; (ii) la plaza ocupada lo*

*fue de modo ininterrumpido hasta su cese durante varios años --7 años, 10 meses y 22 días, como explicita la certificación de servicios-- y desempeñando de forma constante y continuada las mismas funciones; (iii) el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de incluir la plaza en la oferta de empleo público en los términos del artículo 10.4 del EBEP”.*

- b) Constata la existencia de fraude en el nombramiento y abuso por la Administración.

*“La relación temporal de interinidad no responde a los requisitos legalmente establecidos para justificar una relación estatutaria de carácter temporal y es evidente que esa prestación de servicios no responde a razones de necesidad, urgencia o al desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, sino que se trata de encubrir la existencia de necesidades estructurales y permanentes. Ello determina un fraude en el nombramiento y la existencia de abuso por parte de la Administración”.*

Téngase en cuenta que las situaciones donde se había producido un único nombramiento temporal, aunque se prolongara injustificadamente en el tiempo con incumplimiento de lo previsto en los preceptos citados (art.10.4 TREBEP y art.9.3 EMPE) suscitaron en principio mayores dudas, hasta el punto de haber negado la calificación de abusivas en varias sentencias muy próximas en el tiempo a la ya citada de 30 de noviembre de 2020.

La STS núm. 1452/2021 de 10 de diciembre, rec. 3989/2019 supuso un cambio de enfoque jurisprudencial en la STS núm. 1452/2021 de 10 de diciembre, rec. 3989/2019, cuando en relación con el nombramiento de la recurrente como personal estatutario eventual que se mantiene desde el año 2003, declara lo siguiente: *«en algunas ocasiones anteriores ha declarado esta Sala que no puede hablarse de situación abusiva a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco cuando ha habido un único nombramiento de carácter no fijo, porque lo que esta disposición busca es evitar renovaciones sucesivas de una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo para cubrir necesidades de naturaleza permanente. Ahora bien, ciñéndonos a la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es preciso afirmar que, aun en presencia de un único nombramiento de carácter no fijo, la situación puede ser abusiva a efectos de la mencionada cláusula 5 del Acuerdo Marco si aquel único*

*nombramiento es injustificadamente prolongado y, por consiguiente, si en ese tiempo habría debido la Administración organizar el correspondiente proceso selectivo para cubrir establemente la plaza.*

### *1.2 Encadenamiento de nombramiento de refuerzo y nombramiento interino para cubrir necesidades permanentes (I)*

*STS 10-12-2021, nº 1451/2021, rec. 7459/2018.*

Doña Rafaela desempeñó funciones de enfermera en el centro de salud de Ciudad Rodrigo (Salamanca) como personal de refuerzo entre el 1 de noviembre de 2002 y el 9 de enero de 2006; y más tarde, en virtud de nombramientos como interina, entre el 30 de enero de 2006 y el 23 de noviembre de 2010, así como entre el 24 de noviembre de 2010 y el 8 de noviembre de 2016. Mediante resolución del Gerente de Atención Primaria de Salamanca de 8 de noviembre de 2016 se produjo su cese como interina, por haberse adjudicado la plaza a un nuevo titular.

Hubo un encadenamiento de un período como personal de refuerzo (entre 2002 y 2006) con otros posteriores como personal interino (entre 2006 y 2016). Éste es, sin duda, un tiempo considerable y no consta que hubiera interrupciones significativas. Además, si bien la Administración ha argumentado convincentemente que los nombramientos respondieron a causas legalmente previstas, nada ha dicho para mostrar que esos nombramientos como personal de refuerzo y como personal interino estuvieran destinados a algo distinto que cubrir una necesidad permanente. Y esto es lo que habría debido justificar para despejar cualquier sombra de abuso.

Por lo que respecta a las consecuencias, la Sentencia parte de dos premisas fundamentales que viene reiterando en todos estos casos:

*“En primer lugar, cuando se comprueba que la Administración ha hecho nombramientos no justificados de personal interino -o, más en general, de duración determinada- la respuesta no puede ser aplicar criterios de la legislación laboral. Es perfectamente sabido que la relación estatutaria de servicio se rige por el Derecho Administrativo y consiste, entre otras cosas, en la aceptación por el empleado de una serie de reglas que conforman un “estatuto” en gran medida heterónimo. En este sentido, no hay ninguna identidad de razón con la legislación laboral, por lo que carece de fundamento que los tribunales la apliquen en este ámbito, ni siquiera como fuente de inspiración.*

*En segundo lugar, dado que no puede ser el cese ajustado a Derecho lo que ocasione un daño susceptible de indemnización, ésta sólo tendría fundamento si mientras duró la situación de interinidad y como consecuencia de la misma se produjo una lesión física o moral, una disminución patrimonial o una pérdida de oportunidad que el empleado público interino no tuviera el deber jurídico de soportar.”*

Por lo que concluye:

*“La utilización por la Administración sanitaria de personal de refuerzo y de personal interino para realizar una misma función y en un mismo centro, mediante nombramientos sucesivos y sin interrupción significativa de la continuidad en la relación de servicio, constituye objetivamente un abuso del empleo público de duración determinada; máxime cuando dicha situación se prolonga durante un período dilatado de tiempo. La calificación de la situación como objetivamente abusiva sólo puede excluirse si la Administración muestra que dicha utilización del empleo público de duración determinada no estaba encaminada, en el caso concreto, a satisfacer una necesidad permanente.*

*Dicho esto, el mero hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva, en los términos que se acaban de señalar, no implica automáticamente que quien se halló en ella haya sufrido un daño efectivo e identificado. De aquí que no quepa reconocerle un derecho a indemnización por esa sola circunstancia; algo que el ordenamiento jurídico español y, más en concreto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no permiten”.*

### **1.3 Encadenamiento de nombramiento de refuerzo y nombramiento interino para cubrir necesidades permanentes (II)**

*STS 1417/2021 n de rec 6293/2018, de 1 de diciembre.*

Enfermero, venía prestando servicios en el Servicio de Salud de Castilla y León del 11 de abril de 2003 hasta el 30 de noviembre de 2008, con categoría de enfermero y en calidad de “refuerzo” y desde el 1 de diciembre de 2008, con categoría de ATS/DUE, como interino en plaza vacante, según la sentencia de primera instancia en el centro de salud de Alba de Tormes (Salamanca), pero según la certificación de servicios prestados aportada como prueba, en Peñaranda de Bracamonte.

Fue cesado el 15 de noviembre de 2016 por la resolución impugnada en primera instancia y como causa del cese figura “ C3-CON FIN RELAC SERVICIOS. Modalidad: EN-FINALIZACIÓN PERIODO DE CONTRATO”.

2. El interesado solicita:

1º Que se le repusiese en la relación estatutaria, readmitiéndole con efectos de la fecha del cese y abono de los salarios que se hubieran devengado desde la misma en el caso de que se hubiera prestado de forma efectiva el trabajo.

2º Subsidiariamente, que se condenase a la Administración a que le indemnizase en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores para el despido improcedente.

La Sala reproduce los argumentos ya recogidos en sentencia 1401/2021, de 30 de noviembre, dictada en el recurso de casación 6302/2018, es decir:

- a) Reconoce la existencia de una situación de abuso en un caso como en el presente en que hubo una concatenación de nombramientos desde el 11 de abril de 2003 hasta el 30 de noviembre de 2008, con categoría de enfermero como funcionario sustituto”, personal “estatutario eventual” y “estatutario sustituto”; y, sin solución de continuidad, desde el 1 de diciembre de 2008 hasta su cese en 2016, como personal interino.
- b) El mero hecho de haber sido personal interino durante un tiempo más o menos largo, incluso si ha habido nombramientos sucesivos no justificados por la Administración, no implica automáticamente que haya habido un daño. Resulta preciso acreditar la existencia de un daño o lesión.
- c) El abono de una indemnización debe responder a la necesidad de resarcir daños o perjuicios efectivos e identificados como responsabilidad patrimonial, y no como castigo a la Administración que ha permitido -si no alentado- esa utilización ilegítima de figuras de empleo público de duración determinada.

### **1.4 Responsabilidad patrimonial e indemnización por encadenamiento abusivo de nombramientos interinos por la Administración**

*STS de 15 de noviembre 2021 (rec. 6103/2018)*

Enfermera que ha desempeñado funciones en un centro de salud como personal de refuerzo durante 6 años y medio (entre 2002 y 2008); y más tarde, en virtud de nombramientos como interina, desde diciembre 2008 a febrero 2011; y desde marzo 2011 a noviembre 2016, produciéndose el cese en ese momento (nombramiento de titular para la plaza ocupada interinamente).

En la instancia (JC-A1 Salamanca 13 de febrero 2018) y apelación (STSJ CyL/Valladolid 3 de julio 2018, rec. 191/2018) se le reconoce derecho a una indemnización de 20 días con un máximo de 12 meses.

Frente a esta sentencia interpuso recurso de apelación el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

El TS dice:

*“El mero hecho de haber sido personal interino durante un tiempo más o menos largo, incluso si ha habido nombramientos sucesivos no justificados por la Administración, no implica automáticamente que haya habido un daño”.*

Si el cese ha sido ajustado a Derecho, este no puede ser el que ocasione un daño susceptible de indemnización. En tales casos, (recogiendo el criterio de las sentencias de 26 de septiembre 2018) entiende que:

*“ésta [la indemnización] sólo tendría fundamento si mientras duró la situación de interinidad y como consecuencia de la misma se produjo una lesión física o moral, una disminución patrimonial o una pérdida de oportunidad que el empleado público interino no tuviera el deber jurídico de soportar. Pero esto (...) pasa por presentar una reclamación por daños efectivos e identificados con arreglo a las normas generales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y, por supuesto, acreditar tales daños; algo que ni siquiera se ha intentado en este caso».*

Y añade:

*“La regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no contempla la posibilidad de otorgar indemnizaciones a fin de sancionar comportamientos administrativos ilegales, satisfaciendo una necesidad de prevención general o disuasión por esta vía indirecta. Tampoco es fácil encontrar supuestos de daños punitivos en la legislación civil española”.*

## 2. Retribuciones

### 2.1 Percepción complemento de Atención Continuada durante la IT por embarazo.

*STS de 14 de julio, núm. 997/2022 R. CASACION núm.: 7102/2020.*

La Sala desestima el recurso de casación, interpuesto por la Administración contra la sentencia 145/2020, de 9 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Albacete, que estimó el recurso contra la resolución de fecha 17 de octubre de 2019 del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) por la que se estima parcialmente la reclamación de cantidad formulada por la recurrente sobre abono del promedio del complemento de atención continuada (guardias médicas) en los períodos indicados (IT por enfermedad común).

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es determinar la procedencia del abono del complemento de atención continuada correspondiente a las guardias no realizadas durante los periodos de incapacidad temporal por riesgo durante el embarazo.

La Sala acuerda la procedencia del abono del complemento de atención continuada correspondiente a las guardias no realizadas durante los periodos de incapacidad temporal por riesgo durante el embarazo, invocando a tal efecto los argumentos empleados en la STS de 14 de junio de 2021, recurso de casación 6061/2019, en la que se pronunciaba sobre una situación similar: la percepción del complemento de AC durante todo el periodo que se prolongue esta medida de adaptación por riesgo derivado de la situación de embarazo.

### 2.2 Trienios del personal estatutario en promoción interna temporal

**STSJ de Castilla-La Mancha nº 10046/2022. Nº rec 5 de 2019**

• Hechos:

El interesado personal estatutario fijo del SESCAM en la categoría de Auxiliar de Enfermería, desde el año 2005 al año 2009 desempeñó, mediante promoción interna temporal funciones propias de la categoría de Enfermero, llegando a consolidar trienios durante ese interin, trienios que, mientras estuvo en promoción interna temporal, cobró en la cuantía correspondiente a Auxiliar de Enfermería.

En el año 2009, a través de las correspondientes pruebas selectivas, **accedió** definitivamente a la categoría de Enfermero. En esta situación, la Administración siguió pagando los trienios que habían sido consolidados mientras estuvo en promoción interna temporal como Enfermero según la cuantía correspondiente a la categoría de Auxiliar de Enfermería.

El interesado reclama que se le paguen tales trienios de acuerdo con las cuantías correspondientes a la categoría de Enfermero.

- Criterio del Tribunal Supremo:

El TS se mostró favorable en este tipo de situaciones al abono de trienios durante el tiempo mismo de desempeño transitorio de un puesto de categoría superior en régimen de promoción interna temporal, en cuantía correspondiente a la categoría consolidada.

*“...resolverse de otra forma se estaría dando por bueno un trato distinto y peor al personal estatutario fijo que al personal interino que desempeñe el puesto y, después, adquiriera la condición de fijo en la misma categoría. A este último se le reconocerán, en efecto, los trienios del grupo desempeñado desde el inicio de la prestación del servicio, mientras que a aquél solamente se le reconocerían desde que adquiriese esa categoría, pero no respecto del tiempo en que estuvo en promoción interna temporal”*

- Cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Castilla-La Mancha y la respuesta del TJUE:

El auto del TJUE de 13 de diciembre de 2021 concluye que la Directiva 1999/70/CE no se opone a una legislación nacional que establece que un trabajador indefinido que ejerce temporalmente funciones de categoría superior, los trienios que le corresponden son los de la categoría inferior, mientras que el trabajador con contrato de duración determinada cobra los trienios correspondientes a la categoría efectivamente desempeñada.

- Lo que dice el TSJ de Castilla-La Mancha:

La Sala estima el recurso de la Administración, que gira en torno a la aplicación al caso que nos ocupa del art. 35.3 del EM:

*“El art. 35.3 de la misma norma, invocado muy pertinentemente por el Letrado de la Administración demandante, no ha sido contemplado ni en la sentencia de instancia ni en las sentencias del Tribunal Supremo que hemos citado más arriba. Sin embargo, se trata, a nuestro juicio,*

*de un precepto de enorme importancia para la adecuada resolución del caso.*

*El precepto establece categóricamente que el ejercicio de funciones en promoción interna temporal no supondrá la consolidación de derecho alguno de carácter retributivo”.*

Argumentos:

- Inaplicación de la normativa comunitaria en este caso.

- Sobre la excesiva duración de la situación de temporalidad en promoción interna temporal:

*“...la promoción interna temporal solo duró de 2005 a 2009, de modo que no se da la situación de cuasipermanencia a que alude el Tribunal Supremo. En todo caso, este argumento era meramente de apoyo en las sentencias del Tribunal Supremo, y entendemos que por sí solo, y teniendo en cuenta que la promoción interna temporal es voluntaria para el funcionario, no es suficiente para enmendar lo que deriva del artículo 35.3 EM”.*

- Sobre la posible inconstitucionalidad del art. 35.3 del EM: inexistencia de trato discriminatorio.

### **2.3 Carrera profesional del personal estatutario en promoción interna temporal**

*STS nº 428/2022, de 6 de abril nº 428/2022 de 6 de abril.*

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 10 de diciembre de 2019, y fija la siguiente doctrina casacional:

*“El régimen de carrera profesional aplicable al personal estatutario fijo de los servicios de salud en promoción interna temporal es el correspondiente a su categoría de origen”.*

Las interesadas presentaron solicitud de reconocimiento de carrera profesional en la categoría A2, por llevar tiempo ejerciendo funciones de enfermera. La resolución de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas de 23 de junio de 2017 les reconoció el derecho a la carrera profesional en

la categoría correspondiente a auxiliar de enfermería, a la que todas ellas pertenecían; pero no en la de enfermero, cuyas funciones venían desempeñando. Disconformes con ello, acudieron a la vía jurisdiccional. La sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca de 3 de septiembre de 2018 desestimó su pretensión, fundamentalmente por entender que, si bien efectivamente desempeñaban funciones de enfermera desde tiempo atrás, lo hacían en virtud de “promoción interna temporal”; figura que no permite legalmente consolidar derechos en la categoría en que se prestan funciones.

### 3. Situación administrativa. Excedencia por prestación de servicios en el sector público Aplicación del art. 15 del RD 365/1995 al personal estatutario fijo

*STSJ Aragón nº 331/2021 de 2 de diciembre rec. 108/2020.*

La Administración apela la sentencia que estimó el recurso formulado contra la Orden de la Consejería de Sanidad de 5 de noviembre de 2018, confirmatoria de la Resolución de la Gerencia del sector III del SALUD de 2 de agosto de 2018, que había denegado su solicitud de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el Sector Público. El interesado ocupa de plaza de personal estatutario fijo, con puesto de trabajo de enfermero de Atención continuada en Atención Primaria, y ha obtenido plaza de profesor titular de Universidad, interino a tiempo completo en la Universidad de La Rioja.

La razón por la que la solicitud de excedencia fue denegada se expresa en la Resolución de la Gerencia del siguiente modo:

*«El Real Decreto 255/2006, de 3 de marzo, por el que se modifica el Reglamento General de Ingreso del Personal a servicio de la Administración General del Estado y el Reglamento de Situaciones Administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado; en su artº 15.1 referido a la excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público dice textualmente “el desempeño de puesto con carácter de funcionario interino o de personal laboral temporal no habilitará para pasar a esta situación administrativa”. El citado Real Decreto resulta de aplicación supletoria al personal estatutario adscrito al Servicio Aragonés de Salud, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre».*

La sentencia de primer grado entiende, por el contrario, que el RD 365/1995 en su redacción por RD 255/2006 (en el que la Administración basa su decisión) no puede ser aplicado, en tanto que ha de entenderse derogado por la disposición derogatoria del EBEP aprobado por la L 7/2007 (hoy RD Leg. 5/2015), por contener una regulación absolutamente incompatible con él, en tanto que no contempla como una situación de excedencia voluntaria la situación del personal, estatutario en este caso, que pasa a prestar sus servicios en un organismo público diferente al de su procedencia.

La Administración recurre dicha decisión insistiendo en que es de aplicación el art. 15 RD 365/1995, al faltar un desarrollo reglamentario del art. 66 de la Ley 55/2003 que ha de llenarse con aquella disposición en virtud del carácter subsidiario de la regulación básica de la función pública estatal.

La Sala estima el recurso de apelación.

### 4. Carrera profesional: valoración de la experiencia adquirida en un servicio público de salud de otro estado miembro de la Unión Europea

*STJUE, Sala Sexta, de 28 Abril de 2022, C-86/2021.*

#### • Hechos:

Mediante resolución de 6 de octubre de 2017 del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León se convocó para el personal interino de larga duración el proceso ordinario y se abrió el plazo para la presentación de solicitudes de acceso al grado I de carrera profesional correspondiente al año 2010. La solicitud de acceso a dicho grado I únicamente podía presentarse por el personal interino de larga duración que acreditase cinco años de ejercicio profesional como personal estatutario y/o personal sanitario funcionario en el Servicio de Salud de Castilla y León, en la misma categoría desde la que se pretendiera acceder a la modalidad correspondiente de carrera profesional. Entre las categorías de personal estatutario sanitario que se relacionaban en el anexo 1 de dicha resolución se encontraba la de «Enfermero/a».

El 26 de octubre de 2017, D.<sup>a</sup> Delia presentó su solicitud de acceso a la referida categoría, alegando haber prestado servicios en esta durante diez años y tres meses a fecha 31 de diciembre de 2010. Entre tales servicios figuraban los prestados en el Hospital Santa María de Lisboa (Portugal) desde el 20 de noviembre de 2000 hasta el 25 de julio de 2007.

Mediante resolución de 25 de febrero de 2019, el Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León declaró procedente posibilitar el cómputo de los cinco años de ejercicio profesional exigido en el ámbito del Sistema Nacional de Salud español. Por el contrario, rechazó que se computasen los servicios prestados por la interesada en Portugal, al no estar previsto en el sistema de reconocimiento de la carrera profesional de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

• Planteamiento de cuestiones prejudiciales:

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León ha decidido suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) El artículo 45 TFUE y el artículo 7 del [Reglamento n.º 492/2011] ¿se oponen a una disposición nacional, como el art. 6.2.c) del [Decreto 43/2009], que impide reconocer los servicios prestados en una determinada categoría profesional en un Servicio Público de Salud de otro Estado miembro de la Unión Europea?»

2) En caso de que la respuesta a la primera cuestión fuera afirmativa ¿el reconocimiento de los servicios prestados en el Sistema Público de Salud de un Estado miembro podría condicionarse a que previamente se aprobasen unos criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional del personal de los servicios de salud de los Estados miembros de la Unión Europea?»

### CONSIDERACIONES:

#### 1. Obstáculo a la libre circulación de profesionales:

“Una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el litigio principal, que solo permite tomar en consideración la experiencia profesional que el trabajador que solicite el reconocimiento de su carrera profesional haya adquirido en los servicios de salud españoles, en la misma categoría profesional desde la que pretenda acceder a la modalidad correspondiente de carrera profesional, puede disuadir a este de ejercer su derecho a la libre circulación previsto en el artículo 45 TFUE. El trabajador se verá disuadido de abandonar su Estado miembro de origen para trabajar o establecerse en otro Estado miembro si con ello se le priva de la posibilidad de que se tome en consideración su experiencia profesional adquirida en ese otro Estado miembro”.

#### 2. Traslación al caso de autos:

“En el caso de autos, al no tomar en consideración la experiencia profesional adquirida por un trabajador migrante en los servicios de salud de un Estado miembro distinto del Reino de España, la normativa nacional controvertida en el litigio principal puede afectar en mayor medida a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales, perjudicando particularmente a los primeros, en la medida en que estos habrán adquirido muy probablemente una experiencia profesional en un Estado miembro distinto del Reino de España antes de incorporarse a los servicios de salud de este último Estado miembro”.

#### 3. Excepción:

“las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado FUE solo son admisibles a condición de que persigan un objetivo de interés general, sean adecuadas para garantizar la realización de dicho objetivo y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo”.

#### 4. Aplicación de la excepción de interés general:

“Es posible considerar que el objetivo mencionado por el órgano jurisdiccional remitente en el presente asunto, a saber, garantizar los objetivos y la organización del servicio nacional de salud, constituya un objetivo de interés general, en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 35 de la presente sentencia, en tanto que objetivo de la política en materia de salud pública vinculado a la mejora de la calidad de la asistencia en el sistema de salud en cuestión y a la consecución de un elevado nivel de protección de la salud.”

#### 5. La aplicación de esta excepción exige el cumplimiento adicional de dos requisitos:

“Aun cuando, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional remitente verifique este extremo, pueda admitirse tal objetivo de interés general, para poder considerar justificada la restricción a la libertad de circulación de los trabajadores que implica la disposición nacional controvertida es preciso, además, que esta sea adecuada para garantizar la realización del objetivo planteado y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo.”

6. *La necesidad de que la medida aplicada sea adecuada para la consecución del objetivo de interés general:*

*“No parece que la toma en consideración de la antigüedad del profesional sanitario de que se trate y del desarrollo individual alcanzado por este en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, así como en cuanto al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización afectada, pueda considerarse una medida inadecuada para alcanzar el objetivo relativo a una garantía reforzada de la protección de la salud que dicha medida parece perseguir.”*

Y añade:

*“El órgano jurisdiccional remitente deberá tener en cuenta la circunstancia de que el reconocimiento de dicha experiencia profesional podría efectuarse mediante un procedimiento que ofrezca al interesado la posibilidad de demostrar la equivalencia de su experiencia profesional adquirida en otros Estados miembros”*

7. *Fallo:*

*“El artículo 45 TFUE y el artículo 7 del Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional relativa al reconocimiento de la carrera profesional en el servicio de salud de un Estado miembro que impide tomar en consideración, en concepto de antigüedad del trabajador, la experiencia profesional adquirida por este en un servicio público de salud de otro Estado miembro, a menos que la restricción a la libre circulación de los trabajadores que implica dicha normativa responda a un objetivo de interés general, permita garantizar la realización de ese objetivo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo.”*

## II. DERECHOS DE LOS PACIENTES

*STC 66/2022, de 2 de junio: el derecho de la gestante a elegir el lugar de nacimiento de su hijo.*

- Exposición del caso.

La STC se pronuncia en amparo sobre la impugnación de los autos de 24 de abril y de 15 de mayo de 2019, ambos del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Oviedo, que, respectivamente, acordó el primero el ingreso obligado de la gestante en el centro hospitalario para la práctica de un parto inducido, y rechazó el segundo la nulidad del anterior.

Ambas resoluciones del juzgado acordaron el ingreso obligado en un centro hospitalario como consecuencia de la valoración clínica de tratarse de una situación de riesgo inminente para la vida y la salud del feto, que podrían requerir de atención médica asistencial y hospitalaria.

Asimismo también llevó a los tribunales la actuación de los servicios médicos del centro hospitalario en el que fue ingresada aquella, que calificó como “vía de hecho”, haciéndolo en este último caso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante la STC objeto de comentario únicamente se pronuncia sobre las resoluciones judiciales que autorizaron el ingreso obligatorio.

- Hechos:

1. Doña C.P., así como su pareja, habían mostrado su voluntad de que el alumbramiento de su futura hija tuviera lugar en el domicilio familiar en Oviedo, de tal manera que el parto se produjera en dicho hogar familiar asistida la gestante por una matrona

2. Cuando el período de embarazo se prolongó hasta llegar a la semana 42+2, doña C.P., y su pareja acudieron al centro hospitalario el día 23 de abril de 2019, con objeto de realizar un control de bienestar fetal, manifestándole el jefe del servicio de partos que, por tratarse de un embarazo que había rebasado el período ordinario de gestación, les proponía la “inducción al parto” o, en su defecto una prolongación de la monitorización del embarazo con control del bienestar fetal, a lo que aquellos respondieron que consultarían con los profesionales que habían contratado y tomarían una decisión. Sin embargo, esta fue la última visita que hicieron a los servicios médicos del hospital.

3. Al día siguiente de la visita, 24 de abril de 2019, el subdirector de servicios quirúrgicos y críticos del área sanitaria IV del Servicio de Salud del Principado de Asturias (en adelante, el subdirector del centro hospitalario), a petición del jefe del servicio de partos que había atendido a doña C.P., dirigió un escrito al Juzgado de Instrucción núm. 1 de Oviedo, que se hallaba en funciones de juzgado de guardia, en el que, después de poner en conocimiento de ese juzgado que doña C.P., había expresado su deseo de dar a luz en su domicilio, mediante parto



natural, atendida por las matronas que había contratado, le comunicaba de modo textual lo que sigue: *“Habiendo resultado infructuosos todos los intentos practicados por los facultativos de la sección de obstetricia para prevenirle acerca de la necesidad de ingresar en el hospital para inducción inmediata del parto, y dados los graves riesgos derivados para la vida del feto, se traslada a este juzgado de guardia el conocimiento de esta situación, sugiriendo la adopción de orden de ingreso obligado para la práctica inmediata de parto inducido”*.

4. A la vista de dicho escrito, el juzgado, oído el Ministerio Fiscal, cuyo informe proponía el ingreso no voluntario en el hospital de la embarazada para la inmediata práctica de parto inducido, en aplicación de la Ley de jurisdicción voluntaria y de los arts. 29 y 158 CC, así como del art. 9 de la Ley 41/2002 y del art. 15 CE, autorizó el ingreso obligatorio de doña C.P., en el HUCA de Oviedo. Doña C.P., no fue oída con carácter previo a la resolución judicial adoptada.

5. El ingreso en el hospital se hizo efectivo el mismo día 24 de abril de 2019 y el parto tuvo lugar en la madrugada del día 26 de abril siguiente, por medio de cesárea.

- Bien jurídico protegido por las resoluciones judiciales impugnadas:

Preservar la vida y salud del *nasciturus*, ante la constatación de un embarazo, prolongado en el tiempo más allá de lo establecido en el protocolo médico de actuación, a la par que satisfacer la necesidad de proporcionarle una atención sanitaria adecuada a la gestante, para superar un parto calificado como de “riesgo”, eventualmente causado por aquella prolongación excesiva de la gestación.

- Argumento jurídico empleado en las resoluciones judiciales impugnadas:

Trasladar a la situación protagonizada por la gestante la misma problemática existente en los casos en los que quienes ejercen la patria potestad o tienen la representación legal del menor pueden perjudicar a este o ponerlo en peligro.

A tal efecto las resoluciones recurridas traen a colación:

- El art. 29 del CC, que considera al concebido como nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones del art. 30 del mismo cuerpo legal, con la indudable intención de atribuir al *nasciturus* la condición de “menor”.

- Los arts. 158.6 CC y 9.6 de la Ley 41/2002.

- Lo que manifiesta la demandante:

- Que la medida de ingreso obligatorio en el hospital fue acordada sin la previa audiencia de la interesada, cuando no concurría una situación de urgencia que demandara una actuación tan inaplazable.
- La eventual vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE).

La medida privativa de libertad se hizo por un órgano judicial incompetente [el competente debería haber sido un juzgado de lo contencioso-administrativo, ex art. 8.6 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA)] y, por otro lado, la ley no prevé un procedimiento para acordar aquella medida, por lo que la misma fue adoptada sin que una norma legal “prevea la forma en que se ha de llevar a cabo”. A su juicio, “tampoco tiene cobertura constitucional que la vida e integridad física de una mujer gestante pueda ponerse en peligro en beneficio del feto”.

- La vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

Se acordó el ingreso forzoso sin haber sido oída previamente la gestante, contra la voluntad de los padres de la menor de que el parto tuviera lugar en el domicilio familiar, sin haber sido motivada la resolución y sin que el informe facilitado por la administración sanitaria justificara la existencia de un riesgo inminente para la vida o la salud de la embarazada y del feto, ni tampoco la urgencia del mismo.

- Conflicto jurídico identificado:

Conflicto entre los derechos fundamentales antes mencionados, y de otra el bien jurídico que representa la protección del *nasciturus*.

- Legitimación:

Se reconoce únicamente a la madre, negándose-la a su pareja y a su hija:

*“Corresponde a la mujer adoptar, con entera libertad, la decisión de ser madre y, una vez dado ese primer paso y, recibida la información adecuada, en este caso, sobre el parto y la realización de su maternidad (art. 2.3 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) le concierne, igualmente, decidir libremente sobre su propio sustrato corporal durante la gestación, lo que supone que no debe ser objeto de injerencias ajenas que la obstaculicen de manera ilegítima, sin perjuicio de recordar que, según nuestra reiterada doctrina, ningún derecho constitucional es ilimitado cuando entra en colisión con otros bienes o valores constitucionales (por todas, SSTC 187/2015, de 21 de septiembre, FJ 4, y 130/2021, de 21 de junio, FJ 3)."*

- Análisis general de la situación planteada: el derecho de la gestante a elegir el lugar de nacimiento.

El TC admite que nunca antes se ha planteado la necesidad de abordar el enjuiciamiento de un caso de ingreso obligatorio en un centro hospitalario para llevar a efecto el parto de una mujer embarazada, por la eventual concurrencia de riesgo para la vida y salud del nasciturus.

Igualmente constata que a este respecto **existe un vacío** en nuestro Ordenamiento Jurídico:

*"Así delimitado el tipo de medida adoptada, prima facie, este tribunal advierte que la decisión judicial de acordar el ingreso obligado en un centro hospitalario para la realización de un parto calificado de riesgo para la vida del feto, no tiene una previsión específica en la ley. Nuestro ordenamiento legal no contempla un precepto o conjunto de preceptos que prevean una medida de ese contenido y alcance".*

En este contexto el conflicto planteado ofrece al TC la ocasión de pronunciarse sobre una novedosa vertiente del derecho a la vida privada personal y familiar del art. 8 CEDH, como es la de hacer efectivo el deseo de los futuros padres de elegir libremente el lugar de alumbramiento de su bebé y los problemas de alcance constitucional suscitados, ante una situación de grave riesgo para la vida o la salud del feto, como consecuencia del parto.

Para el TC, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resulta procedente reconocer el derecho de la gestante a elegir el lugar de nacimiento:

*"el deseo de ser padres y la materialización de dicho deseo, que culmina con el parto, se integra en el derecho a la intimidad personal y familiar, como proyección directa y derivada de la dignidad humana, en especial de la dignidad de la mujer que da a luz un nuevo ser,*

*alcanzando, igualmente, a todas las decisiones que tienen que ver con la gestación y con ese alumbramiento".*

- Análisis de la situación particular de la demandante:

1. Sobre la inadecuada fundamentación jurídica empleada en las resoluciones judiciales.

El TC analiza la fundamentación jurídica empleada en las resoluciones judiciales para justificar la adopción de esta medida, y considera que la cita de los preceptos legales utilizados por las resoluciones judiciales para adoptar la medida, no tienen encaje en el caso planteado.

En este sentido la Sala recuerda que:

a) La paciente era la madre gestante y, por consiguiente, era ella quien debía prestar el consentimiento para cualquier actuación médica que le afectara, en los términos del art. 8 de la misma Ley 41/2002, y de conformidad con el derecho a la integridad física reconocido en el art. 15 CE.

b) Resulta inaplicable el art. 29 del CC por tratarse de un precepto referido principalmente a los casos regulados por el Código civil y, en concreto, a los efectos favorables de carácter patrimonial que le puedan reportar al concebido y no nacido,

Pese a todo, el TC defiende el razonamiento jurídico recogido en las tres resoluciones judiciales (la tercera resolución es el auto de 31 de julio de 2019, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo):

*"que el marco normativo al que sometió su actuación el órgano judicial, ante la ausencia de una previsión legal expresa, ofrecía, sin embargo, una razonable cobertura legal, justificada por el juzgado para efectuar la ponderación que se le había pedido entre los derechos fundamentales de la gestante y el bien jurídico constitucionalmente protegido que representa la vida del nasciturus, en cuanto encarna —como hemos reiterado— el valor fundamental de la vida humana, garantizado por el art. 15 CE"*

2. Sobre la falta de competencia del Juzgado de Instrucción nº 1 de Oviedo.

No se invoca la infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), sino tan solo un problema de legalidad ordinaria relativo a las normas procesales.

3. Indefensión de la gestante al haber sido privada del trámite de audiencia en sede judicial.

Procedería la estimación de la queja y la concesión toda vez que la decisión judicial habría sido adoptada sin haber oído a la gestante, causándole indefensión.

No obstante lo anterior, el TC también justifica semejante proceder en el carácter marcadamente excepcional del caso:

*“Se dan en el presente caso determinadas circunstancias que llevan a este tribunal a reconocer como justificado que, de modo excepcional, el juzgado hubiera llegado a omitir aquel preceptivo trámite de audiencia”.*

4. Falta de motivación suficiente de las resoluciones judiciales:

Se considera suficiente la motivación:

*“Las resoluciones judiciales impugnadas han limitado proporcionadamente el ejercicio de aquellos derechos. Aquellas resoluciones han incluido una motivación que explica la razón del ingreso obligatorio de doña C.P., en el HUCA de Oviedo, apoyado en la identificación del bien constitucionalmente legítimo susceptible de protección (la vida y salud del nasciturus), así como del grave riesgo que aquel corría de no ser adoptada la medida cautelar. Igualmente, han justificado la idoneidad y necesidad de tal medida, así como han ajustado, en términos de proporcionalidad, la intensidad de su aplicación a la limitación estrictamente indispensable de los derechos de la parte recurrente.”*

### III. PRESTACIONES SANITARIAS

#### **Derecho a la asistencia sanitaria pública de ciudadano de la UE residente en otro Estado de la UE, que no ejerce actividad económica alguna**

*STJUE de 15 de Julio de 2021 C- 535/19.*

En un momento indeterminado de finales de 2015 o enero de 2016, A, nacional italiano, abandonó Italia y se instaló en Letonia con el fin de reunirse con su esposa, de nacionalidad letona, y sus dos hijos menores de edad, de nacionalidad letona e italiana.

Antes de su marcha, A informó a las autoridades italianas competentes de su traslado a Letonia. En consecuencia, fue inscrito en el registro de nacionales italianos residentes en el extranjero. De la petición de decisión prejudicial se desprende que, como tal, ya no puede beneficiarse, en Italia, de atención médica a cargo del sistema de atención sanitaria financiado por dicho Estado miembro.

El 22 de enero de 2016, A solicitó al Latvijas Nacionālais Veselības dienests (Servicio Nacional de Salud de Letonia) su inscripción en el registro de beneficiarios de atención sanitaria y la expedición de una tarjeta sanitaria europea. Según se desprende de la petición de decisión prejudicial, la inscripción en dicho registro corresponde a la afiliación a un sistema público de seguro de enfermedad obligatorio, cuya financiación es esencialmente pública y que permite a sus beneficiarios recibir atención médica financiada por el Estado como prestaciones en especie.

Esta resolución fue confirmada mediante resolución del Ministerio de Sanidad de la República de Letonia, de 8 de julio de 2016, debido a que A no estaba comprendido en ninguna de las categorías de beneficiarios de la atención médica financiada por el Estado a que se refiere el artículo 17, apartados 1, 3 o 4, de la Ley de Atención Médica, pues no era trabajador por cuenta ajena ni por cuenta propia en Letonia, sino que su residencia en dicho Estado miembro se basaba en un certificado de registro de ciudadano de la Unión. Por lo tanto, según la referida resolución, solo podía beneficiarse de prestaciones sanitarias mediante pago, con arreglo al artículo 17, apartado 5, de dicha Ley.

En primer término el TJUE establece que respecto de las prestaciones de atención médica financiadas por el Estado, el art. 3 del Reglamento 883/2004 debe interpretarse en el sentido de que tales prestaciones constituyen “prestaciones de enfermedad”.

A continuación la Sentencia pone de manifiesto que un Estado miembro no puede, en virtud de su legislación nacional, negarse a afiliarse a su sistema público de seguro de enfermedad a un ciudadano de la Unión que, en virtud del artículo 11, apartado 3, letra e), del Reglamento 883/2004, está sujeto a la legislación de ese Estado miembro (FJ 50).

Ahora bien, artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38, en relación con el artículo 14, apartado 2, de esta, se desprende que, durante todo el período de residencia en el territorio del Estado miembro de acogida superior a tres meses e inferior a cinco años, aquellos ciudadanos de la Unión

que no ejerzan una actividad económica deben, entre otras cosas, disponer, para sí mismos y para los miembros de sus familias, de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos para no convertirse en una carga excesiva para el erario público de dicho Estado miembro.

Teniendo en cuenta este planteamiento, la Sala advierte que *“este requisito de residencia conforme a la Directiva 2004/38 quedaría privado de todo efecto útil si debiera considerarse que el Estado miembro de acogida está obligado a conceder a los ciudadanos de la Unión que no ejercen una actividad económica que residen en su territorio sobre la base del artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38 una afiliación a título gratuito a su sistema público de seguro de enfermedad”*, lo que, a su vez, nos conduce a la cuestión clave, *“de qué manera se articulan entre sí los requisitos establecidos respectivamente en el artículo 11, apartado 3, letra e), del Reglamento n.º 883/2004 y en el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38”*.

La respuesta del Tribunal, a la vista de lo dispuesto en la mencionada Directiva 2004/38, consiste en denegar al nacional de otro Estado miembro el derecho a recibir de forma gratuita las prestaciones sanitarias que precise durante su residencia en el Estado de acogida:

*“Ese ciudadano de la Unión no puede invocar el derecho a la igualdad de trato para aspirar a un acceso gratuito al sistema público de seguro de enfermedad, so pena de privar a dicho requisito de todo efecto útil, tal y como se ha declarado en el apartado 56 de la presente sentencia. Así pues, la eventual desigualdad de trato que podría derivarse, en perjuicio de tal ciudadano de la Unión, de un acceso no gratuito a dicho sistema sería la consecuencia inevitable de la exigencia, prevista en el artículo 7, apartado 1, letra b), de dicha Directiva, según la cual ese ciudadano debe disponer de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos”*.

Por todo lo anterior, si bien es cierto que no cabría excluir del derecho a afiliarse al sistema público de seguro de enfermedad a los ciudadanos de la Unión que no ejercen una actividad económica, nacionales de otro Estado miembro, en cambio, ambas disposiciones normativas comunitarias (Rgto. 883/2004 y Directiva 2004/38) *“no se oponen a que la afiliación de tales ciudadanos de la Unión a ese sistema no sea gratuita, para evitar que dichos ciudadanos se conviertan en una carga excesiva para el erario público del Estado miembro de acogida.”*

#### IV. FACTURACIÓN GASTOS SANITARIOS COVID

*STSJ de Madrid, 491/2022 de 6 May. 2022, Rec. 466/2021*

Paciente mutualista de MUFACE, con opción por sanidad privada, acudió al servicio de urgencias del Hospital Universitario Severo Ochoa “por infección coronavirus” (se entiende en el contexto, que por el coronavirus SARS-CoV-2), siendo ingresado en dicho centro hospitalario, en el segundo periodo facturado, por “sospecha neumonía COVID-19”.

Por parte de la Administración sanitaria se procedió a la correspondiente liquidación de precios públicos por la prestación de servicios de naturaleza sanitaria al referido paciente.

El objeto del proceso lo constituye el recurso interpuesto por la aseguradora SANITAS contra la Resolución de fecha 15 de diciembre de 2020, de la Junta Superior de Hacienda, de la Comunidad de Madrid, desestimatoria de la reclamación económico-administrativa n.º NUM002, interpuesta frente a la Resolución de 27 de julio de 2020, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Severo Ochoa, que desestimó, a su vez, el recurso de reposición formulado contra la liquidación de precios públicos por gastos de naturaleza sanitaria

La entidad recurrente considera improcedente la liquidación en cuestión tomando en consideración la distinción entre “prestaciones sanitarias por SARS-CoV-2 (COVID-19) como prestaciones de salud pública”, que están excluidas de la cartera de servicios del mutualismo administrativo por la DA 4ª de la Ley 16/2003, y el resto de prestaciones sanitarias, por lo que *“Dado que el paciente, -beneficiario de MUFACE- padecía la enfermedad COVID-19 y por ello fue atendido en el Hospital Universitario Severo Ochoa, no existe título jurídico para exigir a la demandante el pago de los gastos por la atención sanitaria recibida por aquél ya que el Concierto que suscribió con MUFACE no incluye en su ámbito objetivo prestaciones derivadas de una situación de pandemia”*

Por el contrario la Sala manifiesta que del relato de los hechos, *ninguna actuación de vigilancia epidemiológica, excluida de la cartera de servicios de la entidad concertada, se llevó a cabo con el mismo sino propiamente la asistencia de urgencias y atención hospitalaria incluida dentro de la que la actora estaba obligada a prestarle en su condición de mutualista y dentro de la Cartera de Servicios concertada con MUFACE*, por lo que acuerda desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ASISA.

## V. RESPONSABILIDAD SANITARIA

### Formalización por escrito del consentimiento informado en casos de reintervención quirúrgica: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 8 de marzo de 2022

#### I. Planteamiento

El caso se refiere a un grave deterioro de la salud física y neurológica del demandante, que era menor de edad en ese momento y que ahora se encontraba en un estado de total dependencia e incapacidad tras tres operaciones quirúrgicas a las que se sometió para extirpar un tumor cerebral.

Ante el Tribunal, el demandante, representado por su padre, denunció el incumplimiento del requisito del consentimiento informado por escrito en una de las operaciones. Alegó que si bien dieron su consentimiento por escrito para la primera operación, «que indicaba [algunas] posibles complicaciones y secuelas», dicho consentimiento no puede ser «suficiente para considerar que fueron encendidos para la segunda», siendo cada intervención única. Y que «el hecho de que la segunda intervención quirúrgica derive de la primera no puede justificar la ausencia de [dicho] consentimiento informado». Considera fundamental que el paciente reciba la información médica necesaria y adecuada, no sólo sobre las medidas terapéuticas [a aplicar] sino también sobre las complicaciones y secuelas [posibles] derivadas [de dichas medidas], teniendo especialmente en cuenta los riesgos de «una segunda intervención en comparación con los de la intervención anterior». Dado que cada operación había dejado importantes secuelas para el demandante, y por tanto su estado de salud era diferente cada vez, los riesgos asociados a la segunda operación habrían sido mayores. En este sentido, los padres no habrían recibido información precisa por escrito, y por lo tanto no habrían tenido la posibilidad de hacer una elección plenamente libre e informada.

El TEDH concluye que los tribunales nacionales no habían respondido adecuadamente a la exigencia de la ley española de obtener el consentimiento por escrito en estos casos. Si bien el Convenio no exige en absoluto que dicho consentimiento informado lo sea por escrito, siempre que sea inequívoco, el Tribunal observó que la legislación española requiere el consentimiento por escrito.

#### II. Hechos

El demandante, Luis Reyes Jiménez, es un ciudadano español nacido en 2002 y residente en Los

Dolores, Cartagena (Murcia). La solicitud fue presentada en su nombre por su padre, Francisco Reyes Sánchez.

Cuando tenía seis años de edad el Sr. Luis Reyes Jiménez fue examinado en varias ocasiones en el hospital universitario público Virgen de l'Arrixaca de Murcia. Se le hizo un escáner cerebral, que mostró que tenía un tumor cerebral. El 18 de enero de 2009 ingresó en el servicio de urgencias del hospital público en muy mal estado. Tras su ingreso, se le realizó una operación quirúrgica el 20 de enero, seguida de una segunda operación el 24 de febrero de 2009, y una tercera operación de urgencia el mismo día que la segunda. El estado de salud física y neurológica del paciente se deterioró grave e irremediamente.

#### III. Consideraciones jurídicas

El 24 de febrero de 2010, considerando que en el presente caso el personal médico había incurrido en negligencia profesional y que había habido deficiencias en la obtención del necesario consentimiento informado necesario, en particular para la segunda intervención quirúrgica, los padres de la demandante iniciaron un procedimiento administrativo ante la Consejería de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia.

Tanto el TSJ de Murcia, como posteriormente el TS, tuvieron en cuenta que tal y como afirmó el médico, se había informado verbalmente a los padres de la demandante durante la segunda operación, los riesgos de la segunda intervención eran los mismos que los de la primera, y que era necesaria.

Como dijo la STSJ de Murcia de 20 de marzo de 2015:

*«En cuanto a la segunda operación, se trata solamente de una reintervención, como se ha señalado, [que era] necesaria, y [que constituía] la única posibilidad en el presente caso; el médico informó [a los padres] de los beneficios y riesgos (que eran los mismos que durante la primera intervención), verbalmente».*

La STS de 9 de mayo de 2017, en relación con la segunda intervención, tuvo en cuenta que la comunicación entre el médico y los padres era continua, la operación una consecuencia necesaria de la primera, ya que en la mayoría de las operaciones de este tipo el tumor no se extirpa completamente la primera vez y se hace necesaria una segunda operación, y que un consentimiento dado verbalmente era válido si podía probarse.

El TEDH hace un repaso de la legislación sanitaria española, y cómo ésta exige que en determinadas circunstancias, el consentimiento informado debe formalizarse por escrito (como sería en el presente caso de intervención quirúrgica). A continuación, y en relación con la afirmación relativa a que la familia había sido debidamente informada verbalmente, señala:

*«El hecho de que los tribunales nacionales consideraran que los padres estaban en contacto continuo con los médicos, basándose en una simple nota del médico tratante en el expediente médico del solicitante (“familia informada”) (ver párrafo 9 anterior) y la mención “Preste atención a la información” no puede ser suficiente para concluir inequívocamente que los padres del solicitante fueron debidamente informados y consentidos para la intervención, de acuerdo con las normas internas».*

Sobre el hecho de tratarse de una intervención idéntica a la realizada poco tiempo antes, dice:

*«Es cierto que las dos operaciones tenían el mismo objetivo de extirpar el tumor. Sin embargo, hay que señalar que la segunda operación se produjo en una fecha posterior, después de que ya se hubiera extirpado parte del tumor y cuando el estado de salud del menor ya no era el mismo. En estas condiciones, los tribunales internos concluyeron que el consentimiento que se habría dado verbalmente para la segunda intervención (extirpación del resto del tumor cerebral) era suficiente, sin tener en cuenta las consecuencias de la primera intervención y sin especificar por qué no se trataba de una intervención separada, que hubiera requerido el consentimiento por escrito por separado exigido por la legislación española».*

Y concluye:

*«El Tribunal sólo puede concluir, tras haber examinado los autos, que las sentencias internas, desde el Tribunal Superior de Justicia de Murcia hasta el Tribunal Supremo (véanse los apartados 10 y 13 anteriores), no han dado respuesta al argumento concreto sobre el requisito de la legislación española de obtener el consentimiento por escrito en tales circunstancias. Su conclusión de que un acuerdo oral era válido en las circunstancias del caso no es suficiente a la luz de las disposiciones específicas de la legislación española, que requieren el consentimiento informado por escrito».*

Por todo lo anterior, la Corte condena a España a:

*«pagar al demandante, en el plazo de tres meses a partir de la fecha en que la sentencia adquiera firmeza de conformidad con el artículo 44.2 del Convenio, la suma de 24.000 (veinticuatro mil euros), más cualquier cantidad que puede ser debido sobre esta suma en concepto de impuesto, por daño inmaterial».*

## VI. RETRIBUCIONES PERSONAL MIR

### 1. Trienios y personal MIR

*STS de 6 de julio de 2022 nºrec.1327/2021.*

- a) No procede reconocer a los MIR un derecho a devengar trienios mientras se hallan en esa situación.

Justificación: No cabe invocar diferencia de trato en cuanto a la percepción de trienios, entre el personal MIR, y el personal estatutario (fijo/temporal) que sí los percibe. El motivo no es otro que la inaplicación al presente caso del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, recogido en la Directiva 1999/70/CE, debido a la singular naturaleza de la relación jurídica del personal sanitario en formación

- b) El tiempo de servicios prestados como MIR se computa a efectos de trienios una vez se adquiere la condición de personal estatutario.

Una vez que el médico establece una relación de servicio estatutaria (fija o temporal) con la Administración y, por tanto, comienza a devengar el derecho al cobro de trienios, el tiempo trabajado como MIR computa como servicios previos para el cálculo del número de trienios

- c) Límite temporal al derecho al cobro de trienios devengados y no abonados:

No procede aplicar el límite de un año fijado en el Real Decreto 1181/1989, y sí el límite general de prescripción de 4 años.

Justificación: El RD 1181/1989 resulta inaplicable a las CCAA que tienen transferidas las competencias en sanidad

## 2. Complemento de formación. La paga extraordinaria del personal residente en formación de especialidades en Ciencias de la Salud debe incluir el complemento de grado de formación

STSJ de Castilla-La Mancha nº 291/2022 de 11 Febrero de 2022, nº rec 13/2021.

*“La composición de las pagas extraordinarias del citado personal, es cuestión de Derecho laboral sustantivo, por lo que su modificación no puede ser realizada por una norma presupuestaria de carácter autonómico dado que su configuración se ha llevado a cabo en el Real Decreto 1146/2006 que forma parte de la legislación laboral siendo de competencia exclusiva del Estado a tenor de lo preceptuado en el artículo 149. 7ª de la Constitución Española”*

## VII. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

### 1. La presentación de denuncia ante la AEPD por vulneración del principio de minimización no requiere el previo ejercicio del derecho de limitación del tratamiento

STS de 19 de julio, nº 1039/2022, rec. 1765/2021.

#### *Antecedentes:*

En el presente caso la resolución de la Agencia Vasca de Protección de Datos, acordó apercibir a Osakidetxa-Servicio Vasco de Salud, por la infracción muy grave tipificada en el artículo 72.1.a) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDG), en relación con los artículos 5.1.c) y 83.5.a) del RGPD.

Los hechos que motivaron la resolución sancionadora dictada por la AVPD consistieron en la reseña de datos sobre el cambio de sexo de la denunciante en un informe relacionado con la asistencia prestada a la misma a causa de la lesión sufrida en un pie. En su escrito de denuncia la denunciante manifiesta que *“el motivo de mi reclamación/denuncia es el contenido del informe realizado en el servicio de urgencias, ya que revela varios datos personales especialmente protegidos y que son totalmente irrelevantes desde el punto de vista clínico/ médico respecto al motivo para acudir a urgencias y el tratamiento recibido (radiografía y vendaje en un dedo de un pie)”*

La interesada no ejercitó el derecho de oposición, ni el consiguiente derecho a la limitación del tratamiento.

#### *Auto de admisión*

Se planteó como cuestión de interés casacional si, en un supuesto en el que el responsable de tratamiento de datos personales realiza un tratamiento que el interesado considera excesivo, con los datos lícitamente ya recogidos, resulta aplicable únicamente el principio de minimización de datos del artículo 5.1.c) del RGPD, o debió ejercer el interesado el derecho a la limitación del tratamiento de datos previsto en el artículo 18 del RGPD.

No se hizo referencia alguna al incumplimiento del principio de minimización de datos en este caso, sino a la exigencia de que la declaración del incumplimiento del principio de minimización de datos debe conllevar necesariamente -en criterio de la Administración autonómica- un previo ejercicio del derecho de limitación del tratamiento por parte de la persona interesada.

#### *Criterio de la Administración:*

La Administración sanitaria vasca, en palabras del TS, exige para estos casos la aplicación de una suerte de requisito de procedibilidad o de perseguibilidad, que condiciona el inicio por la Agencia Vasca de Protección de Datos del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora al ejercicio por el interesado del derecho a la limitación del tratamiento a que se refiere el artículo 18.1.d) del RGPD que acabamos de examinar.

El derecho de limitación del tratamiento del artículo 18.1.d) del RGPD que invoca la parte recurrente está vinculado, por tanto, al ejercicio del derecho de oposición al tratamiento del artículo 21.1 del RGPD, y permite una limitación del tratamiento de carácter temporal, por el tiempo del que dispone el responsable del tratamiento para contestar el derecho de oposición, de acuerdo con el artículo 12, apartados 2 y 3 del RGPD, y de carácter también cautelar o provisional, a la espera de que se determine si debe producir o no la supresión de los datos en cuestión.

#### *La respuesta de la Sala:*

Resulta improcedente la exigencia de este requisito procedimental debido a que la Ley en su art. 64.2 dispone que *cuando el procedimiento tenga por objeto la determinación de la posible existencia de*

una infracción de lo dispuesto en el RGPD y en la LOPD, como es ahora el caso, “se iniciará mediante acuerdo de inicio adoptado por propia iniciativa o como consecuencia de una reclamación.” No exige, por tanto, este precepto, ni ningún otro que el inicio del procedimiento sancionador en materia de protección de datos se condicione al requisito previo del ejercicio del derecho a la limitación del tratamiento del artículo 18.1.d) del RGPD, como sostiene la parte recurrente, ni al ejercicio de ninguno otro de los derechos establecidos por el RGPD.

Y concluye “Puede por tanto el interesado ejercitar los derechos reconocidos en los artículos 15 a 22 del RGPD y simultánea o alternativamente formular una reclamación o denuncia ante la Autoridad de Protección de Datos competente por actuaciones que estime contrarias a la normativa de protección de datos, pero no existe exigencia legal alguna para que la reclamación o denuncia sea precedida necesariamente del ejercicio de limitación del tratamiento, como pretende la parte recurrente, o de cualquier otro de los derechos regulados por los artículos 15 a 22 del RGPD.”

***Sobre el hecho de que el informe clínico únicamente se entregó a la denunciante:***

Finalmente la Administración alegó como motivo secundario de impugnación, que la Agencia Vasca de Protección de Datos no tuvo en cuenta la circunstancia de que el documento contenido en la historia clínica no ha tenido otro destinatario que la propia paciente, sin conocimiento para terceros, salvo que la paciente lo haya querido revelar.

La Sala recuerda que “en este caso la resolución sancionadora no aprecia una infracción del deber de confidencialidad garantizado por los artículos 5.1.f) del RGPD y 5.1 de la LOPD, o una vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal del artículo 22.4.h) de la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sino que el procedimiento sancionador se siguió, desde el acuerdo de inicio, para la investigación de una conducta que podría ser constitutiva de una vulneración del principio de minimización de datos establecido en el artículo 5.1.c) del RGPD y, en el mismo sentido, la resolución sancionadora no hace alusión alguna a la vulneración de los deberes de confidencialidad o de guardar secreto sobre los datos de carácter personal”.

***La respuesta a las cuestiones de interés casacional.***

“La Sala, en respuesta a las cuestiones de interés casacional formuladas en el auto de admisión,

considera que la sentencia impugnada no incurre en falta de motivación o en incongruencia y que en un supuesto como el examinado en este recurso, en el que un responsable de tratamiento de datos personales realiza un tratamiento que el interesado considera excesivo, cabe la denuncia ante la agencia de protección de datos competente y, en su caso, el inicio por esta de un expediente sancionador por la infracción del principio de minimización de datos del artículo 5.1.c) del RGPD, sin que sea exigible como requisito de procedibilidad que el interesado ejerza el derecho a la limitación del tratamiento previsto en el artículo 18.1.d) del indicado Reglamento.”

**2. Los delegados sindicales no tienen derecho a que la administración les ceda datos personales de los trabajadores del hospital si no consta su justificación.**

STS nº 160/2021, rec. 1229/2020

El Alto Tribunal (se pronuncia sobre el recurso de casación en el que se plantea la siguiente cuestión:

“(…) si es contrario al derecho fundamental de la libertad sindical ( art. 28.1 CE ) denegar por razón de la normativa sobre protección de datos, información sobre nombramientos estatutarios de personal facultativo, especificando el tipo y fecha de inicio de prestación del servicio e incluyendo tanto los nombramientos por «acumulación de tareas» como las «sustituciones» y otras plazas «no estructurales”.

***Los hechos:***

Solicitudes de los delegados sindicales de la Organización Sindical O’Mega-Médicos de Galicia Independientes, y del Sindicato de Médicos de Galicia (SIMEGA/CESM GALICIA) de información y documentación en las que se exponía que “en base al derecho a la información que nos asiste como representantes sindicales de esta área sanitaria la relación de los contratos de todos los facultativos de cada servicio, especificando nombre, tipo de contrato actual y fecha de inicio del mismo, incluyendo en este registro además de los contratos estructurales, todos aquellos no estructurales: “acumulación de tareas”, “obra y servicios”, “sustituciones”, etc... que pueda haber suscrito la EOXI con los facultativos del área”.

Posteriormente solicitaron también que se facilitaran, respecto de la cirugía y consulta



“autoconcertada” de la EOXI de Santiago de Compostela, la tarifa del proceso quirúrgico y por facultativo, la tarifa global por proceso quirúrgico y la tarifa por consulta y servicios. Así como la reiteración de la solicitud sobre la documentación que acredite la fecha de inicio de la prestación del servicio de los nombramientos estatutarios de todos los facultativos por servicio, incluyendo los nombramientos por “acúmulo de tareas”, las sustituciones y las plazas “no estructurales”.

### *El criterio del TS:*

No genera dudas que- como muy bien precisa la Sentencia- estamos ante datos de carácter personal, pues “los datos relativos al nombre y apellidos, tipo de puesto de trabajo, o el inicio de la prestación no disociados de aquél, son datos, que aunque no sean íntimos, están protegidos por la citada Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal de 1999” (vigente en la fecha de los hechos).

En este contexto (libertad sindical vs protección de datos personales), el TS desestima el recurso de casación interpuesto por las mencionadas organizaciones sindicales. El argumento central es que tanto el Estatuto Básico del Empleado Público, como la Ley Orgánica de Libertad Sindical, y el Estatuto de los Trabajadores, NO PREVEN LA CESIÓN AUTOMÁTICA de la información solicitada, ya es preciso que conste debidamente justificada la necesidad de disponer de tales datos para el correcto cumplimiento de sus funciones sindicales, o en su defecto, se haya recabado el consentimiento de los afectados.

Cuestión distinta hubiera sido si la petición hubiese versado sobre la entrega de este tipo de datos personales siendo el destinatario las comisiones encargadas de controlar y comprobar la correcta gestión de las bolsas de trabajo. En este sentido se pronunció el Informe de la AEPD nº 084069/2012, de 24 de abril de 2012, para quién la fundamentación jurídica de la respuesta afirmativa a la consulta realizada descansaba en el propio Pacto de selección de personal temporal de Instituciones Sanitarias del Sescam, al establecer que para la aprobación definitiva de los méritos los representantes sindicales presentes en dicha comisión podían acceder a todos aquéllos datos de carácter personal de los trabajadores estatutarios temporales que resulten necesarios para determinar si la autobaremación efectuada por los aspirantes es o no correcta.

A su vez la STSJ Castilla y León (Burgos) de 19-6-2009, nº 407/2009, rec. 43/2009 permitió ceder datos de contratación de trabajadores de un hospital público a un sindicato, sin necesidad de obtener el

previo consentimiento de aquéllos. La fundamentación jurídica recogida en dicha resolución judicial se reproduce a su vez en la posterior STSJ Castilla y León (Burgos) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, S 28-4-2015 que también versa sobre entrega de datos de bolsa de trabajo de hospital público, y en la que se discutía si resultaba procedente que la Gerencia facilitase los datos de los trabajadores incluidos en bolsa de trabajo al delegado sindical del sindicato recurrente.

En este caso la información solicitada, a saber, la relación de trabajadores con nombramientos de carácter temporal de todas las categorías de personal estatutario con relación laboral con el citado complejo Asistencial, se enviaba mensualmente por la Gerencia a la Junta de Personal, de la que a su vez formaba parte el recurrente, alegando la Administración en apoyo de su negativa que

- a) No estaba obligada a duplicar dicha información.
- b) No había norma jurídica que amparase la cesión de los datos solicitados, por lo que, sin el consentimiento del interesado no es posible cederlos.

La Sala desestimó el recurso de la Administración sanitaria, pues la obligación de ésta de garantizar el derecho a la protección de **datos personales** de sus empleados estaría mediatizada por las funciones atribuidas a la Junta Personal/Delegados de Personal recogidas en el entonces vigente artículo 40 de la Ley 7/07 del Estatuto Básico del Empleado Público- que se corresponden con las descritas en el actual art. 40 del actual Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público-. Según el referido precepto legal las Juntas de Personal y los Delegados de Personal, en su caso, tendrán las siguientes funciones, entre otras “a) Recibir información, sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del rendimiento” (...) y “Vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, Seguridad Social y empleo y ejercer, en su caso, las acciones legales oportunas ante los organismos competentes”.

A lo anterior añade la Sentencia que conforme al art. 10.2 del EBEP- aplicable igualmente al personal estatutario- “la selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios

de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Está claro que la solicitud de datos formulada por el recurrente apelante en representación de la junta de personal para controlar, en el ejercicio de sus funciones, que se han respetado en las contrataciones las normas previstas, orden de la bolsa de trabajo, llamamientos etc., se refiere a datos que han de estar en el dominio público por disposición legal, para garantizar la publicidad de las condiciones de acceso a los empleos públicos a fin de poder garantizar que se cumplen los principios de igualdad”.

## VIII. VACUNACIÓN COVID MENORES DE EDAD

Pasamos a continuación a analizar dos resoluciones judiciales que se pronuncian en sentido contrario sobre la administración de la vacuna Covid en menores de edad.

### 1. Auto de 10 de diciembre, del Juzgado de Primera Instancia nº2 de Icod de Los Vinos (Tenerife)

Esta resolución judicial supone un importante revés en la defensa de la vacunación anti-Covid de los menores de edad y, viceversa, un estímulo para quienes defienden que la vacuna en este segmento de la población resulta totalmente innecesaria e incluso contraproducente.

En este caso tanto el padre como su hijo menor de edad (al que se le concedió audiencia) manifestaron su deseo de que se le vacunase, en contra de la pretensión de la madre que, para fundamentar su oposición, aportó abundante documentación que ha servido al juzgador para motivar su polémica decisión, en este caso contraria a la vacunación.

Según consta en el auto, los argumentos empleados han sido:

#### Baja incidencia del Covid en población menor de edad.

*En este sentido, ha sido traído al procedimiento por la progenitora el último informe del Instituto Carlos III (organismo público de carácter autónomo adscrito al Ministerio de Economía y dirigido por el Ministerio de Ciencia e Innovación), que revela que desde el pasado 22 de junio de 2020 hasta el 9 de junio de 2021 se ha constatado que, los menores de 19 años fallecidos en España como consecuencia de la infección del SARS-CoV-2 ascienden a 22 y*

*los ingresados en la Unidad de Cuidados Intensivos de dicha franja de edad, son 229. De forma que, de dicho informe se puede concluir que la tasa de mortalidad por COVID-19 en España de los menores de 19 años en el año analizado asciende a 0,00023861% y la tasa de hospitalización en UCI en igual período a 0,002484%.*

(...)

*La administración de una vacuna debe ir precedida de una ponderación de riesgos/beneficios, y en el presente procedimiento, ha quedado acreditado que los menores de edad apenas sufren las consecuencias del covid, atendiendo a la baja mortalidad (0,00023861%) y la baja hospitalización con pronóstico grave, en UCI (0,002484%), de los menores de 19 años, de forma que el posible beneficio que obtendría el menor de vacunarse es muy muy escaso.*

#### Efectos adversos desconocidos a largo plazo de la vacuna.

*No constituye un hecho controvertido entre los progenitores que la vacuna pueda producir efectos adversos a largo plazo, de hecho preguntado el progenitor acerca de dicha cuestión, manifiesta que “poniendo todo ello en una balanza, le da más importancia a protegerse y proteger”. Es difícil, por no decir imposible, poner en una balanza los efectos adversos a medio o largo plazo de la vacuna del covid, cuando los mismos son desconocidos en el momento actual, de forma que, lo que se está poniendo en uno de los lados de la balanza es una interrogación, una incógnita, para la que a fecha de hoy nadie puede ofrecer una respuesta certera, pues nadie lleva varios años vacunado del covid. En este sentido, no podemos obviar la abundante jurisprudencia existente acerca de condenas ya a farmacéuticas, ya a Administraciones Públicas por los efectos adversos de vacunas o medicamentos que han aparecido tiempo después de su ingesta o inoculación o que años después se ha determinado su relación de causalidad con el fármaco ingerido años atrás.*

*(Cita la Sentencia 377/2003 dictada por la Sección 2a de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León el 7 de octubre de 2003, así como el caso de la talidomida)*

*Por lo tanto, lo que pretendemos poner de manifiesto al señalar esta jurisprudencia es que los riesgos y efectos adversos de la vacuna covid, al*

igual que los de cualquier medicamento, fármaco o vacuna, pueden aparecer muchos años después de su ingesta o inoculación y que el hecho de que aparezcan tardíamente no significa que vayan a tratarse de efectos o secuelas leves, ya que nada obsta para que se trate de dolencias de gravedad. Además, y si bien desconocemos qué sucederá a medio o largo plazo, conforme consta en la documentación aportada por la progenitora, ya se han documentado efectos adversos graves a corto plazo, como lo son miocarditis y pericarditis, lo que sugiere cuanto menos, extremar la prudencia en la inoculación de la vacuna a los menores.

(...)

Y en cuanto al riesgo, habiéndose constatado efectos adversos de gravedad a corto plazo, y siendo totalmente desconocidos los que se pudieran dar a medio y largo plazo, entendemos que los posibles efectos adversos de la vacuna en el menor pueden ser muy superiores y pueden tener unas consecuencias adversas para su salud en comparación con el hecho de contagiarse de covid sin que se le hubiere suministrado vacuna alguna contra el covid.

#### **Escasa certeza sobre la seguridad de la vacuna y su autorización de “emergencia”.**

“Respecto al estado de desarrollo de las vacunas o medicamentos contra el covid, tenemos que efectivamente a fecha de hoy, ninguna de ellas cuenta con una autorización de vacuna que ha finalizado sus ensayos clínicos. Así, la Comisión Europea por previa recomendación de la EMA (Agencia Europea de Medicamento) ha concedido una autorización condicional de comercialización de emergencia a varias empresas o entidades farmacéuticas, por lo que Europa y por tanto, España disponen de ella. Conforme a la Ley de creación de la Agencia Española del Medicamento, así como a aquella que amplió sus competencias, no le compete a la Agencia Española del Medicamento la aprobación de vacunas, si no únicamente le corresponde la planificación y evaluación de las mismas cuando han sido autorizadas por la Unión Europea, ya que la aprobación en España de la vacuna que nos ocupa depende de la Comisión Europea, previo informe del EMA

#### **Improcedente invocación de argumentos de solidaridad para justificar la vacunación en menores:**

“Por último, y en cuanto a las razones de solidaridad que se invocan para que el menor sea vacunado, hemos de realizar dos consideraciones.

La primera de ellas es que vacunar a los niños cuando el covid apenas tiene incidencia entre ellos, bajo el pretexto de que así protegen a sus abuelos, sería éticamente dudoso, máxime cuando hay mecanismos que se han revelado eficaces para evitar la propagación del virus tales como mascarillas u otras precauciones, siendo que en los casi dos años que llevamos de pandemia (uno de años sin autorización alguna para comercializar vacunas) no consta que XXXXXXXXXX hubiere contraído el virus ni que lo hubiere contagiado a nadie.

Y la segunda de las consideraciones que hemos de hacer es que como es sabido, consta en la documentación aportada por la madre e incluso lo sabe el propio padre, pues así lo manifiesta en la audiencia que se le da, ninguna de las vacunas que se suministran en España en la actualidad inmuniza frente al virus, ninguna evita el contagio ni impide la transmisión. De forma que, difícilmente se van a beneficiar los no vacunados de una inmunidad que no se da por el hecho de que los demás se vacunen”.

#### **Cuestionamiento de la eficacia de la vacunación para frenar contagios:**

“Conforme al informe de Don Sergio Pérez Olivera, fechado en octubre de 2021, si comparamos los datos de España de hace un año con los actuales: la Incidencia Acumulada, era 8 veces menor que la actual; los fallecidos Covid eran 15 veces menos; el número de ingresos hospitalarios era 9 veces inferior y el número de ingresados UCI estaba 14 veces por debajo. Al margen de dicho informe, si atendemos a los datos públicos ofrecidos por el Centro Nacional de Epidemiología, tenemos que los contagios diarios son muy superiores a los de hace un año. Así, hace un año, no se había comenzado con la campaña de vacunación del covid en España, y sin embargo, ahora, tras casi un año suministrándose dicha vacuna, y con una alta tasa de vacunación que ronda el 80%, los datos de contagio no son mejores.

Ello nos lleva a confirmar lo que ya se sabía, que las vacunas no inmunizan y a constatar igualmente, que nos movemos en un terreno de inseguridad científica, plagado de incertidumbre”.

Nada que ver, por tanto, con lo resuelto por otros juzgados ante situaciones prácticamente idénticas, en los que la justicia se ha decantado claramente a favor de la vacunación del hijo menor de edad:

- Juzgado de Primera Instancia N° 12 de Vigo, Auto 624/2021 de 15 de Noviembre de 2021, Proc. 726/2021.
- Juzgado de Primera Instancia N° 51 de Barcelona, Auto 225/2021 de 28 Julio de 2021, Rec. 144/2021

En el primer caso, la resolución judicial resalta la seguridad de la vacuna y sus beneficios para los menores de edad:

*“...es un hecho notorio que la vacuna ha sido aprobada por la Agencia Europea del Medicamento y por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, lo que permite suponer que se ha elaborado con las máximas garantías de calidad, seguridad y eficacia; y que los beneficios de su administración de las mismas superan los riesgos derivados de la misma constatados hasta el momento. Lo cierto es que en el momento actual el eventual riesgo para la salud de la menor es muy inferior al riesgo cierto que pudiera derivarse de su no vacunación en el supuesto de que la menor llegara a contraer la enfermedad, ya que en tal caso los efectos en su salud si llegara a contraer y desarrollar la enfermedad resultarían más perjudiciales...”*

Y en la segunda resolución judicial, el juzgado barcelonés hace especial hincapié tanto en el beneficio del menor, como en el beneficio para el conjunto de la sociedad, al afirmar que:

*“La administración de las vacunas no supone un ataque a la integridad física de los menores, y sus beneficios, no solo para la protección de los menores sino también para la sociedad al evitar futuros contagios, son muy superiores a los inconvenientes de su administración”, llegando a decir la titular del juzgado de Barcelona que “Resulta incomprensible que el padre adopte una posición obstaculizadora, sin valorar el riesgo que supone la infección de Covid-19, y más cuando durante las últimas semanas se ha incrementado de manera exponencial el contagio entre los menores de 30 años, como es también un hecho notorio reflejado en todos los medios de comunicación”.*

Como se puede observar, posturas muy alejadas de las recogidas en el auto que ahora nos ocupa.

## 2. Auto n° 11/22 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 7 aviles, de 13 de enero.

Las claves del auto del juzgado asturiano:

- La resolución judicial admite la situación de incertidumbre que rodea tanto a la evolución de la pandemia como a las propias vacunas:

*“No corresponde en el ámbito de la justicia entrar en debates científicos sobre las consecuencias que puede conllevar la vacuna, o no ponerse la misma. Sobre todo porque incluso los expertos en dicha materia desconocen no solo el origen de la pandemia, sino la evolución de la misma, y el desarrollo y efectos de las vacunas”.*

- Evidencia los efectos beneficiosos de las vacunas tanto para la salud individual como de la colectividad:

*“Pero es innegable que desde la existencia de las vacunas, la mortalidad, la gravedad y las consecuencias que produce la infección por covid ha disminuido, y la asistencia sanitaria por causas grave corresponde proporcionalmente a más personas sin vacunar que vacunadas. A su vez sí está acreditado que personas vacunadas tienen no sólo menos riesgos de tener consecuencias graves en caso de infección, sino menor carga viral para transmitir frente a terceros. Y tampoco se acredita que las personas vacunadas desarrollen otros efectos perjudiciales para su salud en estos momentos”.*

- Esta evidencia se conecta con el interés superior del menor, lo que justifica la procedencia de la vacunación de este grupo de población:

*“Ello conlleva que de por sí vacunar a la menor no va contra su interés, más aun cuando en el calendario de vacunas del año 2022 de la asociación española de pediatría, incluyen la vacunación de mayores de 5 años contra el Covid, a parte que las autoridades sanitarias españolas son las que facilitan y proporcional la misma, no siendo una cuestión meramente nacional, sino mundial, y han considerado tras los estudios pertinente la conveniencia de vacunar a niños menores de más de 6 años, pues al día de hoy no hay estudios que consideren que a los menores les causa un mayor perjuicio la vacuna, que de no vacunarse, para su salud.*

(...)

*Pero en este caso la tal alegada libertad por el padre para no vacunar, se confronta con la libertad de la madre de vacunar, y esa libertad que deben decidir los progenitores en beneficio e interés de su hija, se debe atribuir a uno de ellos”.*

- Sobre el hecho de que se trate de un colectivo en el que la gravedad de la enfermedad es muy baja, el juzgador pone el acento en los efectos desconocidos que puede tener para la población menor de edad el hecho de haberse infectado y no haber sido vacunada:

*“Es cierto que existen valoraciones que manifiestan que los menores no desarrollan una enfermedad grave por lo que es intrascendente que se vacunen. Sin embargo es un hecho notorio que los menores sí se infectan y no son inmunes, y que a la vez se contagian entre ellos como ocurre con los colegios o agrupaciones similares de menores, y que aun teniendo menor carga viral que un adulto, pueden contagiar a los mismos. Con ello se pone de manifiesto que lo menores sí tienen covid, y si bien en muchos casos el desarrollo de la enfermedad no es grave en cuanto a síntomas de la misma manera que el padre manifiesta que se desconoce el futuro de las secuelas de las vacunas, también se desconoce el futuro de los menores infectados que no se han vacunado aun cuando no hubieran desarrollado de manera inmediata los síntomas de un adulto, pero que pudiera afectar a otros organismos”.*

- Se trae a colación asimismo el peligro que supone para otros familiares de riesgo de la menor de edad, el hecho de que ésta no se vacune, lo que en última instancia supone generar una situación de peligro también para la menor al quedar privada de cuidadores:

*“Pero también se valora, porque el interés de la menor, no es solo su salud, sino al ser dependiente y no autónoma, su interés es estar en todo momento cuidada, asistida y protegida por las personas que así lo vienen haciendo, y estando demostrado que la capacidad de contagio es mayor de un niño no vacunado a un vacunado, supondría un riesgo mayor para su madre, y los abuelos maternos que se encargan del cuidado de la misma con habitualidad, e incluso a la abuela paterna, que está con el menor. Llegado el caso y si la menor contagia a todos sus cuidadores la misma quedará sin asistencia, y por tanto esta medida se adopta en su interés. Lo mismo acontece con su formación académica, la cual puede*

*tener un retroceso, si ante la falta de vacunación a menores, se debe suspender las clases ‘presenciales”.*

- Aun cuando, la vacuna pudiera tener efectos/riesgos, no lo es menos que las actividades diarias que desarrollan los menores no están exentas de riesgos:

*“Se invoca por el padre de posibles responsabilidades futuras del Estado, de las farmacéuticas, de la madre, de esta decisión etc.; obvia el padre que todos los días y en todas las actividades que realiza con la menor existe un riesgo de que pueda sucederle algo, y no por ello deja de hacerlo ponderando las posibilidades y las circunstancias;*

- Sin que, en última instancia, quepa atribuir a nadie la posible responsabilidad derivada de la adopción de una u otra decisión, lo que por otra parte no es óbice para que deba estarse en el momento actual al criterio defendido por la OMS:

*“...de igual manera se le pudiera responsabilizar a él de no vacunarla y que le pudiera pasar unas secuelas graves; y en esta situación de desconocimiento de desarrollo de esta pandemia, no debe responsabilizarse a nadie de una y otra decisión cuando las consecuencias futuras no son previsibles ni previstas en ningún caso, pero lo cierto es que hoy en día se vienen recomendando por las autoridades científicas; la OMS considera que vacunación de los menores si bien no es prioritaria frente a otros grupos poblacionales sí es beneficiosa para los mismos a título sanitario, social y educativo, para evitar retrocesos en su formación de todos sus aspectos evolutivos”.*

## IX. REINTEGRO DE GASTOS SANITARIOS COVID

*STSJ de Madrid, Sala de lo Social, nº 462/2022 de 30 Junio, nº rec. 260/2022*

La familia compuesta por padre, hijo y la esposa y madre, acudieron al Hospital Ramón y Cajal el 14-3-20, donde se les diagnosticaron patologías diferentes sin signos de alarma, después acudieron mediante parte de interconsulta expedido por su centro de salud, al Hospital Gregorio Marañón donde se diagnosticó al padre “sospecha de infección por coronavirus” el 16-3-20. En ese mismo día acudieron al Hospital Nuestra Señora de América, privado, donde se procedió al ingreso hospitalario de los padres.

Por el hospital Nuestra Señora de América se emitió factura por importe de 15.522,92 € por los gastos de asistencia sanitaria respecto de don Jose Ramón, y 73.156,67 € por los gastos de asistencia sanitaria respecto de doña Beatriz.

Abonadas las facturas se formuló reclamación frente a la consejería de sanidad, que fue desestimada.

La parte recurrente aduce que existió una situación de urgencia vital y las serias dificultades que atravesó el sistema hospitalario y la situación de desbordamiento cercana al caos que se registró en aquellas fechas (marzo - abril de 2020). Por ello no puede aportar prueba de la denegación de asistencia en el Hospital Gregorio Marañón.

La Sala declara que en atención a las circunstancias excepcionales del momento, que incluso provocaron que se tuviera que levantar un hospital de campaña, procede relativizar las exigencias probatorias, de tal modo que no se puede pedir a los demandantes aportar una documentación exhaustiva.

Por tanto, considera que se debe dar por acreditado que el hecho de acudir a la a sanidad privada fue porque no obtuvieron plaza en el Hospital Gregorio Marañón, pues hasta ese momento no habían abandonado la sanidad pública.

Respecto al requisito de urgencia vital, “no cabe cuestionarla, dada la gravedad de las patologías desencadenadas por el COVID 19, que llevó al fallecimiento de D<sup>a</sup> Beatriz y a la hospitalización durante 14 días de su esposo, aquí demandante.”

## X. PROFESIONES SANITARIAS

### 1. Despido improcedente de médico especialista extracomunitario por trato discriminatorio por razón de nacionalidad.

*STSJ Castilla-La Mancha n° 01420/2022 de 22 de Julio.*

Contrato de trabajo temporal de interinidad con médico extracomunitario con título de especialista para prestar servicios para la Gerencia Atención Integrada Talavera, como Médico de Oftalmología.

En la Cláusula Adicional 1ª del contrato se establecía “En atención al carácter excepcional y transitorio de este contrato, será también causa de finalización del mismo la incorporación, incluso

*temporal, de un Médico con el título de Especialista en Ciencias de la Salud de la categoría y plaza correspondiente, que tenga la condición de ciudadano de la Unión Europea o de estar incluido En el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, así como su cónyuge, sus descendientes y los de su cónyuge cuando sean menores de 21 años o mayores de edad dependientes. Asimismo, el contrato quedará condicionado al mantenimiento de la autorización de trabajo, quedando obligado el trabajador a realizar todos los trámites correspondientes para ello”.*

El 16 de septiembre de 2021 se entrega personalmente al actor comunicación por la que se acuerda denunciar el fin de contrato laboral de interinidad con fecha de efectos “al finalizar la jornada del día 30 de septiembre de 2021”. Como causa de finalización del contrato se invoca lo establecido en la Cláusula Adicional Primera, esto es, se cuenta con personal que reúne los requisitos establecidos en el art. 30.5 de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los servicios de salud.

La Sentencia establece:

1. Es posible incorporar a personal sanitario con contrato laboral para prestar servicios en centros sanitarios públicos.
2. Aplicación de la legislación laboral para enjuiciar la legalidad del cese.
3. Aplicación al caso en cuestión de la STS (Social) de 23 enero de 2020.

La referida STS declara que existe despido improcedente cuando no se produce la cobertura de la vacante, sino la sustitución de un interino (médico no especialista) por otro (médico especialista), por lo que no puede hablarse de una válida extinción del contrato ya que la vacante persiste y la finalización del contrato no es imputable al trabajador, que no debe soportar las consecuencias (FJ 2).

4. Cláusula de cese discriminatoria por razón de la nacionalidad, y no prevista en el ETT.

En el caso en cuestión el interesado sí que poseía el título de especialista pero no el requisito de la nacionalidad.

*“Es el contrato de trabajo el que ha introducido una cláusula en la que se habilita como causa extintiva esta posibilidad. Sin embargo, tal cláusula es contraria a las previsiones legales mencionadas*

*hasta ahora; por un lado, crea una causa de extinción que no está prevista legalmente en el régimen de los contratos de trabajo temporales de interinidad, por otro, contradice la previsión de igualdad de trato de nacionales y extranjeros prevista en el Estatuto Básico del Empleado público y en la Ley del Empleo Público de Castilla-La Mancha que se someten al mismo régimen jurídico con iguales derechos.”*

#### 5. Consecuencias: despido improcedente.

*“...las consecuencias de la extinción del vínculo contractual cuando no hay causa eficiente, y siendo un contrato lícitamente constituido, temporal por interinidad, no habiendo concluido por el transcurso del tiempo ni por la vuelta del titular a su plaza, ni en general por ninguna otra causa, el contrato tenía continuidad evidente que no se ha truncado por causa conocida lícita, de modo que al producirse la extinción de la relación laboral sin causa cierta y eficiente y con infracción de lo previsto en los artículos 55.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y 108.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social debe declararse de conformidad con lo previsto en los artículos 55.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y 108.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la improcedencia del despido acordado por el empleador, con los efectos derivados de los artículos 56 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”.*

## 2. La planificación y aplicación de tratamientos e intervenciones en medicina estética no es competencia de enfermería.

*STS 11-10-2021, nº 1222/2021, rec. 883/2020.*

El problema esencial de la presente controversia se centra en la determinación de a qué profesión sanitaria corresponde, en el ámbito de la Medicina Estética, la planificación y aplicación de tratamientos e intervenciones, si a la profesión de odontólogo o a la profesión de enfermero. Y si, consiguientemente, puede el Colegio Oficial de Enfermería ordenar determinados aspectos del ejercicio profesional del enfermero en el ámbito de los cuidados corpo-estéticos y de la prevención del envejecimiento para la salud.

El TS declara:

1. *La ausencia de marco normativo específico en medicina estética no habilita al Consejo General de Enfermería para dictar resoluciones en el ámbito de los cuidados corpo-estéticos y de la prevención*

*del envejecimiento para la salud. En modo alguno, una eventual ausencia de específica regulación, legal y reglamentaria, según el caso, en dicha área de prestación de servicios sanitarios, relativa a la estética y prevención del envejecimiento, puede comportar la habilitación del Consejo General para ordenar y regular la delimitación de funciones profesionales entre el personal médico y el de enfermería, pues siguen siendo de aplicación las normas generales señaladas sobre los contornos en los que debe desenvolverse cada una de las profesiones sanitarias tituladas y ello supondría que cuando no hay especialidad médica específica al respecto, el Consejo General de Colegios podría dictar resoluciones como la impugnada en la instancia, para que el personal de enfermería ocupara el espacio que la Ley reserva, con carácter general, a la función sanitaria que realizan los profesionales médicos (FJ 2).*

2. Respecto a la historia clínica, se discute la viabilidad de crear una historia clínica específica de enfermería.

La sentencia de instancia, en este punto concreto, dirigió su reproche a lo previsto en el apartado 5.1.2 de la resolución impugnada que bajo el título “COMPETENCIAS EN EL ÁMBITO ASISTENCIAL” afirmaba que el/la enfermero/a “Realizará una historia clínica de enfermería del individuo basado en la recogida de datos como anamnesis, alergias, tratamientos realizados con anterioridad, respetando la confidencialidad de los mismos y lo establecido al respecto en la normativa sobre protección de datos personales”.

Y respecto de este extremo concreto, tras reseñar lo previsto en los arts. 3, 14 y 15 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, argumentó que “no aparece regulado entre la normativa de aplicación una historia clínica distinta de la que se regula en los preceptos citados, con los que el Consejo demandado carece de competencia al respecto”. Y más adelante añade “En consecuencia y en aplicación de la normativa expuesta, no es posible legal y jurídicamente la elaboración de una historia clínica de enfermería del individuo como historia clínica distinta de que la que se regula en los preceptos citados”.

En este mismo sentido ahora el TS declara que *La sentencia no impide que los enfermeros accedan al historial clínico e incluyan los datos derivados del ejercicio de sus funciones asistenciales, eso sí teniendo en cuenta que el médico responsable es el profesional que tiene que coordinar la información ( art. 3 de la Ley 41/2002) y que la incorporación*

de información al historial clínico del paciente ha de ser trascendente para el conocimiento actualizado del estado de salud del paciente y la constancia de los datos en el historial clínico se hace siempre “bajo criterio médico” (art. 15.2 de dicha norma).

## XI. SISTEMA NACIONAL DE SALUD

### 1. Inconstitucionalidad del art. 10.8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, redactado por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre

El pleno del Tribunal Constitucional estima la cuestión de inconstitucionalidad promovida respecto de la norma introducida por la ley 3/2020, que sometió a autorización judicial la entrada en vigor y aplicación de las disposiciones sanitarias de alcance general que implicasen privación o restricción de derechos fundamentales, aprobadas por las distintas administraciones para la protección de la salud pública en el marco de las medidas frente al covid-19.

La medida cuestionada exigía someter a autorización judicial las disposiciones de los gobiernos autonómicos en las que se adoptasen medidas generales (esto es, cuyos destinatarios no estuvieren identificados individualmente) encaminadas a proteger la salud pública, que implicasen privación o restricción de derechos fundamentales.

Para el TC el precepto cuestionado quebranta el principio constitucional de separación de poderes, al atribuir a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo funciones ajenas a su cometido constitucional (arts. 106.1 y 117 CE), con menoscabo de la potestad reglamentaria que la Constitución atribuye al poder ejecutivo (art. 97 CE), sin condicionarla al complemento o autorización de los jueces o tribunales para entrar en vigor y desplegar eficacia.

## XII. DERECHO PROCESAL

### Orden jurisdiccional competente para conocer de reclamaciones por complemento de atención continuada e IT/Permiso por parto

*STSJ de Castilla-La Mancha n° 10185/2021*

La interesada estuvo primero en IT por enfermedad común, luego permiso por parto, lactancia,

y vacaciones. Reclama el 100% de las retribuciones con el abono del complemento de atención continuada.

- a) Declara la falta de jurisdicción de este orden contencioso-administrativo para examinar la cuestión en los relativo a las peticiones relativas a la incapacidad temporal y el permiso por parto, admitiendo la competencia del orden contencioso-administrativo en lo que respecta al permiso por lactancia y las vacaciones.

Se trata de mejoras voluntarias de Seguridad Social por lo que corresponde su conocimiento al orden social.

- b) Permiso por lactancia y vacaciones. Se declara la competencia del orden contencioso-administrativo.