

# **DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ**

**INFORME AL PARLAMENTO 2010**

## **ÁREA TEMÁTICA SALUD Y CONSUMO**

**INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ  
AL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA  
SOBRE LA GESTIÓN REALIZADA DURANTE 2010**

**Este texto es una recopilación de cuestiones relativas al área temática de Salud y Consumo que se desarrollan a lo largo del Informe Anual al Parlamento de 2010. El contenido íntegro de dicho Informe se puede consultar y descargar en nuestra [página Web](#).**



## ÍNDICE

<b>SECCIÓN PRIMERA:</b> .....	<b>5</b>
<b>LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES ESTATUTARIOS Y CONSTITUCIONALES DE LAS PERSONAS A TENOR DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA</b> .....	<b>5</b>
<b>II. LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS ANDALUCES A TENOR DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA</b> .....	<b>7</b>
EL DERECHO A LA SALUD.....	7
<b>SECCIÓN SEGUNDA:</b> .....	<b>11</b>
<b>ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LAS QUEJAS</b> .....	<b>11</b>
<b>IX. SALUD</b> .....	<b>13</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	13
2. ANÁLISIS DE LAS QUEJAS ADMITIDAS A TRAMITE.....	16
2. 1. <i>Derecho a la asistencia sanitaria</i> .....	16
2. 1. 1. Salud Pública.....	16
2. 1. 2. Atención Primaria.....	20
2. 1. 3. Atención Especializada.....	26
2. 1. 3. 1. Humanización de la asistencia.....	26
2. 1. 3. 2. Praxis médica.....	30
2. 1. 4. Derecho a la protección de la salud de los enfermos mentales.....	42
2. 1. 5. Urgencias y Emergencias.....	46
2. 1. 6. Gestión administrativa.....	50
2. 1. 6. 1. Reintegro de gastos.....	50
2. 1. 6. 2. Testamento Vital.....	52
2. 1. 7. Centros y Servicios Sanitarios.....	58
2. 1. 8. Prestaciones farmacológicas.....	61
2. 1. 9. Derechos de los Usuarios.....	66
2. 1. 10. Responsabilidad patrimonial.....	74
2. 2. <i>Consumo</i> .....	77
<b>SECCIÓN CUARTA:</b> .....	<b>85</b>
<b>QUEJAS NO ADMITIDAS Y SUS CAUSAS</b> .....	<b>85</b>
<b>I.- DE LAS QUEJAS REMITIDAS A OTRAS INSTITUCIONES SIMILARES</b> .....	<b>87</b>
<b>II.- DE LAS QUEJAS RECHAZADAS Y SUS CAUSAS</b> .....	<b>89</b>
<b>TEMAS TRATADOS EN OTRAS ÁREAS TEMÁTICAS</b> .....	<b>91</b>
<b>SECCIÓN PRIMERA: II. LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS ANDALUCES A TENOR DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA</b> .....	<b>92</b>
<i>El derecho a la salud de la población penitenciaria</i> .....	92
<b>I. PERSONAL DEL SECTOR PÚBLICO</b> .....	<b>100</b>

2.12. Personal Sanitario.....	100
2.12.1. Errores en la gestión de la Bolsa de Contratación –Categoría Celador-conductor, Turno minusválido- del Servicio Andaluz de Salud (SAS).....	100
2.12.2. Denegación sistemática de permiso por antigüedad ya reconocido judicialmente .....	101
2.12.3. Adaptación o reubicación de puesto de trabajo por razón de discapacidad .....	103
2.12.4. Revocación Resolución por la que acordaba la exención de guardias al interesado. ....	104
2.12.5. Excedencia por cuidado de hijos.....	106
II. URBANISMO, VIVIENDA, OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES .....	109
2.2. Vivienda.....	109
2.2.6.1. Consumo: Garantías en las entregas de compraventa de viviendas. ....	109
V. MEDIO AMBIENTE .....	113
2.1.3. Contaminación. ....	113
2.1.3.1. Contaminación acústica.....	113
2.1.3.1.1. Adecuación de horarios de establecimientos hosteleros a los usos del suelo.....	113
2.1.3.1.2. Molestias ocasionadas desde veladores.....	115
2.1.3.1.3. Incremento de los niveles de sensibilidad acústica.....	115
2.1.3.1.4. Molestias ocasionadas por ruidos generados en el ámbito doméstico. ....	116
2.1.3.2. Contaminación atmosférica.....	116
2.1.3.3. Contaminación electromagnética.....	117
2.1.5. Sanidad y salubridad.....	117
2.1.5.1. Problemas derivados de la desatención de inmuebles.....	118
2.1.5.2. Aparición de plagas.....	118
2.1.5.3. Problemas surgidos en la gestión de residuos.....	119
XII. ADMINISTRACIONES ECONÓMICAS.....	120
2.1.1. Energía eléctrica.....	120
2.1.1.1. Necesidad de limitar las exposiciones a campos eletromagnéticos.....	120
XIII. POLÍTICAS DE IGUALDAD DE GÉNERO.....	126
2.5. Salud.....	126
XIV. TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN.....	131
2.1. Prestaciones de las operadoras de servicios de telefonía e Internet.....	131
SECCIÓN TERCERA: LOS DERECHOS DE LOS MENORES.....	133
10. Menores con necesidades especiales.....	133

## **SECCIÓN PRIMERA:**

# **LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES ESTATUTARIOS Y CONSTITUCIONALES DE LAS PERSONAS A TENOR DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA**



## II. LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS ANDALUCES A TENOR DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.

### El Derecho a la Salud.

El hecho de que el sistema sanitario público español se encuentre tan consolidado y con tal raigambre en la sociedad española pudiera llevarnos a pensar que está a salvaguarda de verse afectado por la profunda crisis económica que estamos atravesando en estos últimos años, y que si bien esta crisis es fácilmente perceptible en otros aspectos de la acción pública, ello no alcanza aún a determinados servicios públicos, especialmente a aquellos que conforman el núcleo de nuestro Estado de Bienestar.

No obstante, la persistencia y gravedad de esta crisis, cuando no agravamiento de ésta, en un contexto de importantes medidas de reducción drástica de los fondos públicos, comienza a despertar en la ciudadanía fundadas sospechas de que difícilmente podrá escapar a ella el sistema sanitario español, un sistema con una generosa cartera de servicios, y ello con un gasto sanitario moderado en relación a los parámetros europeos de nuestro entorno, que lo convierte en uno de los mejores en indicadores de calidad y equidad.

A lo anterior hay que añadir otra circunstancia concurrente, de extraordinaria incidencia en el sistema sanitario (pero también en otros como el de pensiones), que no es otra que la derivada del progresivo envejecimiento de la población española a la par que la baja tasa de natalidad, dual fenómeno que viene provocando el progresivo incremento de las franjas de edades más avanzadas, que son las que precisan una mayor asistencia sanitaria, traduciéndose todo ello en un incremento del gasto sanitario por este motivo.

Aunque el gasto sanitario español es modesto en relación a la media de la OCDE, con un crecimiento anual por debajo de este referente, lo cierto es que viene sufriendo de continuo la presión de la demanda ciudadana. Por otro lado, en contraposición a lo anterior, el gasto farmacéutico se mantiene muy elevado en relación al gasto sanitario total, y ello a pesar de haberse adoptado diversas medidas de contención y uso racional del mismo (aplicación de precios de referencia, medicamentos genéricos, dispensación hospitalaria, etc.), que han hecho decrecer este ritmo respecto a la media de años precedentes.

Es pacífica la opinión de que el sistema sanitario español, que tiene un elevado componente público, se sitúa entre los más valorados de los países desarrollados de nuestro entorno, como ponen de manifiesto los más fiables indicadores y estándares de salud, situándose entre los mejores puestos en significativos índices de mortalidad evitables e infantil, elevada esperanza de vida, etc., que aunque no son mérito exclusivo del sistema sanitario si es su principal partícipe.

Este sistema sanitario, de fuerte basamento en la atención primaria de salud, pone especial énfasis en la promoción y en la prevención de salud, con una amplia cartera de servicios y con una notable incorporación de innovaciones científicas y tecnológicas a la práctica clínica, lo que ha contribuido a situar al sistema sanitario como el servicio público más valorado por la ciudadanía española.

El Sistema Nacional de Salud, en el que se integra el Sistema Sanitario Público de Andalucía, ha sabido responder en este periodo a los grandes cambios tecnológicos,

sociológicos, demográficos y culturales que se han producido en la sociedad española, y ello con un gran nivel de calidad, pero la persistencia de la crisis económica comienza a ofrecer datos desfavorables de salud pública como consecuencia del empeoramiento de las condiciones de vida y trabajo, de educación, vivienda y hábitos de vida de la población, tal y como lo ha puesto de manifiesto el último informe de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria de 2010.

Es por ello que a la crónica insuficiencia financiera estructural de los Servicios de Salud, se añade ahora la menor disponibilidad presupuestaria derivada de la crisis económica, factores estructurales y coyunturales que, sin duda, van a condicionar los futuros presupuestos sanitarios, poniendo a prueba la calidad, equidad y cohesión del sistema.

Desde distintos sectores se viene achacando las ineficiencias del sistema a diversos factores: subfinanciación, excesivo gasto farmacéutico y tecnológico, relegación de la atención primaria, privatización o externalización de servicios, etc., aspectos todos ellos que deben mover a reflexión de las autoridades y gestores públicos en orden a un uso racional y eficiente del sistema.

No son pocas las voces que vienen planteando el desafío que supone mantener la sostenibilidad del sistema en sus actuales parámetros, apostando por las reformas del mismo por vía de un “Pacto de Estado por la Sanidad”, iniciativa acometida con desigual fortuna en sede parlamentaria (iniciativa ministerial de 2008 que en el 2009 dio lugar a la creación de una Subcomisión en el Congreso de los Diputados), que sólo en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en su sesión de 18 de marzo de 2010 aprobó un documento titulado “Acciones y medidas para promover la calidad, la equidad, la cohesión y la sostenibilidad del SNS” en el que, situado en el escenario de crisis económica y menor disponibilidad de recurso, se avanzan una serie de propuestas en orden a mantener la sostenibilidad de la calidad, de la innovación en infraestructuras y en tecnología y hacer viable la respuesta al incremento y envejecimiento de la población y a las nuevas necesidades sanitarias, constatando que el primer escollo a sortear es que no existe suficiente conciencia social sobre estos retos y dificultades, destacando la necesidad de racionalizar la utilización de los servicios sanitarios.

En este sentido el referido Consejo Interterritorial se postula a favor de un consenso no sólo en el estamento político, sino de también de todos los agentes involucrados en el sistema: la sociedad (usuarios y pacientes), los profesionales, los agentes sociales, los proveedores y los gestores, concretando la responsabilidad de estos estamentos en el siguiente sentido:

- Los usuarios, que deben entender que son los corresponsables de su salud y tienen que implicarse en el compromiso de hacer un buen uso del sistema.
- Los profesionales, que tienen que seguir cooperando dado que gran parte del gasto sanitario depende de su criterio y sus actuaciones clínicas.
- Las empresas suministradoras de productos sanitarios, que deberán también corresponsabilizarse de la sostenibilidad del sistema.



- Los gestores, que han de garantizar también la utilización eficaz, eficiente y equitativa de los recursos públicos que le son asignados.
- Las autoridades sanitarias, que han de asegurar un sistema de calidad, equitativo y cohesionado que incorpore prestaciones solamente en base a la evidencia científica al coste más eficiente posible.

Igualmente en sede parlamentaria, en junio del 2010, se aprobó una ponencia para el estudio de las necesidades de recursos humanos del Sistema Nacional de Salud en la Comisión de Sanidad y Consumo del Senado, toda vez que las necesidades de profesionales sanitarios es ya una realidad que previsiblemente se agravará en el futuro.

En lo que a Andalucía se refiere, desde la Administración sanitaria andaluza se vienen adoptando medidas a favor de esta sostenibilidad, desde aquellas en la línea de concienciación social (como es la conocida como “factura sombra”, consistente en la emisión de una factura informativa sobre el coste de la atención sanitaria recibida por los usuarios y pacientes en cada acto médico o proceso clínico), a aquellas directamente relacionadas con la contención del gasto, como son las relativas al gasto farmacéutico con la prescripción de medicamentos genéricos y otras políticas de uso racional del medicamento (dispensación de determinados medicamentos por las farmacias hospitalarias -casos de medicamentos antitumorales y de tratamientos de fertilidad-, etc.).

La cuestión de la sostenibilidad de los sistemas sanitarios, supone elegir entre distintas opciones de asignación de los recursos públicos, cuya garantía en los modelos sanitarios públicos de cobertura universal y gratuito, como es el caso español, suele circunscribirse a tres: 1) el incremento de la eficiencia y la eficacia de los mecanismos de provisión; 2) prelación del presupuesto sanitario respecto a otras políticas públicas; 3) incremento de los tributos para esta finalidad. Una tercera opción intenta incorporarse a esta triada, que no es otra que introducir el copago en el acto médico.

Sin duda parece que la opción de mejorar la eficiencia y eficacia del sistema tiene un amplio margen de actuación sin merma de la equidad y calidad del servicio, tal y como se postula con gran consenso el estamento que conforman los gestores, profesionales y expertos en la materia, los cuales nos adelantan diversos instrumentos a conjugar con esta finalidad, como son : la mejora de los sistemas de compras para influir en los precios de los consumos sanitarios (equipamientos, tecnologías, medicamentos y material sanitario); medidas de uso racional del medicamento; aplicación de sistemas de evaluación de tecnologías sanitarias en orden a evaluar la eficacia de estas; refuerzo de la prevención e incremento de la capacidad resolutoria del nivel primario; refuerzo de los servicios sociosanitarios de atención a la población dependiente y creación de un sistema de información unificado que permita evaluar de continuo el sistema (necesidades, recursos, población protegida, etc.).

No obstante, en estas aguas revueltas no faltan las voces que abogan porque la sostenibilidad del sistema pasa por introducir el copago en la asistencia sanitaria como medida disuasoria, a la vez que de financiación y de racionalización del gasto público, arguyendo en defensa de la misma que dicho copago ya existe en otros países europeos así como en el nuestro en lo que a la prestación farmacéutica se refiere. Desde otros ámbitos se postulan a favor de incrementar los presupuestos sanitarios a través de

impuestos (alcohol, tabaco, etc.) para subsanar el ancestral y estructural déficit presupuestario que padece el servicio sanitario público.

Sin duda el establecimiento del copago incorporaría altas dosis de inequidad en el sistema, al penalizar a los ciudadanos con menor nivel de renta o con mayores necesidades de atención sanitaria, a la vez que un coste administrativo adicional, circunstancias que nos hacen dudar sobre el protagonismo que parece concederse a este instrumento para la sostenibilidad del sistema sanitario. De hecho, el copago farmacéutico, con un porcentaje fijo de descuento sobre el precio de venta del medicamento (exclusión hecha de la gratuidad en los pensionistas), adolece de un elevado grado de inequidad al no incorporar distinción según niveles de renta.

Desde nuestra perspectiva que el copago se haya instalado en el debate social nos mueve a preocupación, toda vez que éste suele mostrarse como antesala de su incorporación al de la agenda pública para, más tarde, transformarse en realidad legal publicitada en el boletín oficial. La cuestión de la sostenibilidad del sistema sanitario nos obliga a intentar hacer prevalecer el difuso principio de irregresibilidad de los derechos sociales, entendido este como el derecho de la ciudadanía a las prestaciones, una vez reconocidas, adquieren un carácter irreversible, estando protegidos frente a ulteriores decisiones de los poderes públicos en orden a su reducción o supresión.

Desde nuestra perspectiva, la efectividad del derecho constitucional a la protección de la salud exige que por los poderes públicos se preserve el contenido del mismo en los actuales parámetros, debiendo conjugarse y agotarse las medidas de buena gestión con las de adecuada financiación del sistema, antes de introducir mecanismos que sin suponer una sustancial garantía de su sostenibilidad financiera, introduzcan por el contrario elementos de inequidad irreversibles.

En todo caso, cualquiera que sean las medidas que se adopten en aras de la sostenibilidad, su especial incidencia aconseja que éstas sean participadas, negociadas y respaldadas con el máximo consenso social, de la misma forma como se viene desplegando en otros ámbitos de la acción pública relacionada con el bienestar.

**SECCIÓN SEGUNDA:**  
**ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LAS**  
**QUEJAS**



## IX. SALUD.

### 1. Introducción.

Un hilo conductor aglutina el medio millar de quejas que de media suelen plantearse anualmente en materia de salud, no es otro que el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud frente a una atención sanitaria que se percibe por los usuarios del sistema sanitario público de Andalucía, según casuística, como deshumanizado (como son las relativas al trato incorrecto), insuficiente en su intensidad (por ejemplo en prestaciones rehabilitadoras y tratamientos de fertilidad), en su cartera de servicios (por ejemplo en prestaciones odontológicas) o de los recursos humanos (déficit de pediatras y otras especialidades), en el tiempo de respuesta (por ejemplo las demoras en consultas, pruebas diagnósticas o intervenciones quirúrgicas) y, en los casos más graves y dramáticos, como expresión del dolor por el fallecimiento de un familiar o allegado que se imputa a una negligencia médica.

En todos los casos esta Institución despliega una actividad investigadora de los hechos acaecidos para, tras un análisis de los mismos y de los derechos constitucionales en liza, dictar las resoluciones que procedan en forma de recordatorios de deberes legales, sugerencias o recomendaciones, no habiendo sido aceptadas las siguientes:

- Resolución relativa a “Déficit de matronas en la provincia” dirigida a la Dirección General de Asistencia Sanitaria del SAS en el curso de la **queja 07/2272**.
- Resoluciones relativas a la “Exclusión de la lista de espera de FIV por cumplimiento de la edad de 40 años” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital Virgen del Rocío en el curso de las **quejas 08/4951** y **queja 10/2358**.
- Resolución relativa al “Fallecimiento de enfermo mental en casa-hogar de FAISEM” dirigida a la Delegación Provincial para la Igualdad y Bienestar Social en Huelva en el curso de la **queja 08/5133**.
- Resolución relativa al “Traslado forzoso de destino sin motivación” dirigida a la Dirección Gerencia del Area Sanitaria del Campo de Gibraltar en el curso de la **queja 09/2156**.
- Resoluciones relativas a la “Demora en consulta de foniatria” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital de Jerez en el curso de las **queja 09/4364**.
- Resolución relativa a la “Demora en intervención quirurgica” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital Carlos Haya de Málaga en el curso de la **queja 09/5247**.
- Resolución relativa al “Ingreso en Comunidad Terapeutica de enfermo con patología dual” dirigida a la Dirección del Area de Salud Mental de Málaga en el curso de la **queja 10/3175**.

Por el contrario, sí fueron asumidas las siguientes resoluciones:

- Resoluciones relativas a la “Denegación de visado de silla de ruedas motorizada” dirigidas a la Dirección Gerencia del hospital Virgen del Rocío en el curso de la **queja 08/3525** y **queja 08/5427**.
- Resolución relativa a la “Demora en Servicio de Urgencia” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital Juan Ramón Jiménez en el curso de la **queja 08/3776**.
- Resolución relativa a la “Deficiente aplicación de guía asistencial en menor de edad” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital Carlos Haya en el curso de la **queja 08/4002**.
- Resolución relativa a la “Descoordinación entre centros hospitalarios” dirigida a la Dirección General de Asistencia Sanitaria del SAS en el curso de la **queja 08/4789**.
- Resolución relativa a “Personas en situación de exclusión desamparo” dirigida a la Delegación Provincial para la Igualdad y Bienestar Social en Sevilla y al Ayuntamiento de Sevilla en el curso de la **queja 09/534**.
- Resolución relativa a la “Vulneración de derechos en proyecto de Ley de derechos y garantías de dignidad en el proceso de muerte” dirigida a la Consejería de Salud en el curso de la **queja 09/646**.
- Resolución relativa a la “Demora en expediente de responsabilidad patrimonial” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital del Aljarafe en el curso de la **queja 09/804**.
- Resolución relativa a la “Plataforma Pro-hospital del niño y la mujer de Córdoba” dirigida a la Consejería de Salud en el curso de la **queja 09/880**.
- Resolución relativa a la “Deficiente atención en Servicio de Urgencia en mayor de edad” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital de Puerto Real en el curso de la **queja 09/885**.
- Resolución relativa al “Pago de asistencia sanitaria sin información previa” dirigida a la Consejería de Salud en el curso de la **queja 09/1022**.
- Resolución relativa a la “Insuficiencia de transporte sanitario en el Campo de Gibraltar” dirigida a la Dirección Gerencia del Area de Gestión Sanitaria en el curso de la **queja 09/1658**.
- Resolución relativa a la “Demora en el tratamiento de hernia discal” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital Puerta del Mar en el curso de la **queja 09/2055**.
- Resolución relativa a la “Deficiente actuación del Centro Coordinador de Urgencia” dirigida a la Dirección del Distrito de Atención Primaria de Granada en el curso de la **queja 09/2628**.

- Resolución relativa a la “Deficiente actuación del Servicio de Urgencia” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital la Serranía en el curso de la **queja 09/3016**.
- Resolución relativa a las “Dificultades para cambio de prótesis ocular” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital Virgen del Rocío en el curso de la **queja 09/3506**.
- Resolución relativa a la “Demora en pruebas diagnosticas auditivas” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital San Cecilio en el curso de la **queja 09/4078**.
- Resolución relativa al “Cementerio en mal estado de conservación” dirigida al Ayuntamiento de Sevilla en el curso de la **queja 09/4181**.
- Resolución relativa a la “Demora en intervención quirurgica” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital Clínico de Málaga en el curso de la **queja 09/4477**.
- Resolución relativa a los “Fracasos terapéuticos en enferma con patología dual” dirigida a la Coordinación de la Unidad de Salud Mental Comunitaria Sur de Sevilla en el curso de la **queja 09/4510**.
- Resolución relativa al “Incumplimiento de normativa sobre habitaciones hospitalarias individuales para menores de 14 años” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital Virgen del Rocío en el curso de la **queja 09/4968**.
- Resolución relativa al “Acceso a uso compasivo de medicamentos oncológicos en condiciones de igualdad” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital Virgen del Rocío en el curso de la **queja 09/5094**.
- Resolución relativa a la “Deficiente actuación en Servicio de Urgencias pediátricas” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital Virgen del Rocío en el curso de la **queja 09/5096**.
- Resolución relativa a la “Demora en cirugía maxilofacial de menor discapacitado” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital Carlos Haya en el curso de la **queja 09/5320**.
- Resolución relativa al “Fracaso terapéutico en enfermo con patología dual” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital Virgen de la Victoria en el curso de la **queja 09/5723**.
- Resolución relativa a la “Denegación de asistencia en Centro de Salud por desplazamiento” dirigida a la Dirección del Distrito Sanitario Huelva-Costa en el curso de la **queja 10/418**.
- Resolución relativa a la “Demora en expediente de responsabilidad patrimonial” dirigida a la Dirección General de Gestión Económica del SAS en el curso de la **queja 10/568**.

- Resolución relativa al “Error en citación de consulta de especialista” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital Virgen Macarena en el curso de la **queja 10/1192**.
- Resolución relativa a la “Paralización de ensayo clínico de medicamento antineoplásico” dirigida a la Dirección Gerencia del hospital Virgen del Rocío en el curso de la **queja 10/2704**.

En lo que se refiere a las novedades legislativas en materia de salud hay que destacar la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de Marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo y la Ley autonómica 2/2010, de 8 de Abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona humana en el proceso de la muerte, leyes que en sus trámites de elaboración y tramitación administrativa y parlamentaria no fueron ajenas al debate social que las acompañaron.

En el nivel reglamentario cabe citar los Reales Decretos 1093/2010, de 3 de Septiembre y 1205/2010, de 24 de Septiembre, por los que se regulan el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos y las bases para la inclusión de los alimentos dietéticos para usos médicos especiales en el Sistema Nacional de Salud. Finalmente, en el ámbito autonómico, mediante Decreto 330/2010, de 13 de Julio, se crea y regula el Registro de partos y nacimientos en Andalucía y por Decreto 439/2010, de 14 de Diciembre, se regulan los órganos de ética asistencial y de la investigación biomédica en Andalucía.

Por último en lo relativo a documentos de planificación, destacar que al amparo del Plan Integral de Salud Mental en Andalucía 2008-2012 (II PISMA) en el 2010 se ha publicado el Programa de Atención a la Salud Mental de la Infancia y la Adolescencia (PASMIA).

## **2. Análisis de las quejas admitidas a tramite.**

### **2. 1. Derecho a la asistencia sanitaria.**

#### 2. 1. 1. Salud Pública.

La significativa presencia en nuestro territorio de piscinas públicas y su masiva utilización durante el estío hace acreedora de traer aquí una queja relativa a la salud y seguridad de los usuarios de estos espacios lúdicos.

Así en el expediente de **queja 10/641** compareció una Asociación de Consumidores y Usuarios para darnos cuenta de la falta de respuesta por parte de la Delegación Provincial de Salud a los escritos de denuncia relacionados con deficiencias detectadas en la piscina municipal de su localidad.

Así en principio el interesado manifestaba que en verano de 2009 presentó un escrito ante la Delegación Provincial al que acompañaba hojas de reclamaciones presentadas por la misma asociación de consumidores, siendo informado en su comparecencia en las dependencias administrativas sobre la posibilidad de iniciar un expediente sancionador, pese a lo cual señala no haber recibido dicho acuerdo ni tampoco escrito denegatorio motivado.



El informe del Distrito Sanitario (que ordenó visita de inspección) constato algunas deficiencias: los aseos no contaban con jabón ni toallas monouso, el número de flotadores salvavidas era insuficiente, no se pudo comprobar la existencia del libro de controles y registros analíticos, y por lo que se refiere a la distancia entre la piscina de chapoteo y la de adultos, se estimaba que la misma era considerable, y no existía riesgo para los menores. También se indicaba que dado el cierre de las instalaciones durante el período de invierno el grado de riesgo por las deficiencias señaladas era bajo, previéndose una nueva visita de inspección antes de la siguiente apertura de las mismas para el año siguiente.

Por otro lado informaba que no se había iniciado expediente sancionador, puesto que se encontraban cerradas las instalaciones y para la reapertura resultaba preceptiva la realización de una nueva visita de inspección y que la misma fuera favorable.

Posteriormente se emite informe no favorable por observar *“hechos verificables contrarios al Decreto 23/1999, de 23 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento Sanitario de las piscinas de uso colectivo”* y en particular la existencia de ángulos y recodos que dificultan la circulación del agua, así como la existencia de aristas en todo el perímetro del vaso (art. 5.1); y al mismo tiempo se comprueba que la playa no tiene la anchura mínima exigida de 1 metro, y su diseño no impide los encharcamientos y vertidos de agua al interior del vaso, no favoreciendo la correcta limpieza (art. 7).

Por lo visto el acta de dicha visita de inspección y el informe no favorable se remitieron al Ayuntamiento titular de la piscina.

Como quiera que en el verano de 2010 se procedió a la apertura de la piscina reclamamos de la Delegación Provincial la emisión de un nuevo informe por el que se expusiera la medida en la que la licencia municipal de apertura podía quedar condicionada por el carácter negativo del informe sanitario, a tenor del contenido el art. 20 del Reglamento antes referido, así como datos sobre las actuaciones que se hubieran realizado para salvaguardar la seguridad y salud de los usuarios, refiriéndonos entre otras cosas a la posibilidad de suspender total o parcialmente la actividad.

Paralelamente requerimos al Ayuntamiento al objeto de darnos cuenta de las medidas adoptadas para solventar las deficiencias detectadas en las distintas actas de inspección, y en relación con el inicio de la actividad sin contar con el informe favorable de la Administración Autonómica.

Por su parte la Delegación Provincial nos informó que se había constatado la apertura al público de las instalaciones sin haber subsanado las deficiencias antedichas; así como del acuerdo de inicio de procedimiento de cese de actividad relativo a la piscina de chapoteo, y la apertura de procedimiento sancionador.

También se alude en este informe a la constatación del cierre de la piscina de chapoteo a iniciativa del propio Ayuntamiento, hasta la realización de las obras necesarias para garantizar la seguridad de los usuarios, y al dictado de resolución en el procedimiento sancionador antes aludido, aunque no se da cuenta del sentido de dicha resolución.

Respecto del informe previo a la reapertura de la piscina, la Delegación refleja que *“de la literalidad del citado artículo (art. 28 del Decreto 23/99) emana que dicho informe tenga un carácter obligatorio, que no preceptivo, y su emisión deba ser anterior a la*

*concesión de la licencia municipal de reapertura; por su parte dicho informe no tiene carácter vinculante ya que según el art. 83.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre: salvo disposición expresa en contrario los informes serán facultativos y no vinculantes”.*

Por su parte el Ayuntamiento nos comunicaba en cuanto a las irregularidades detectadas, que en la temporada 2010 ya se contaba con seis salvavidas, más uno añadido en la posición del socorrista; que los servicios higiénico-sanitarios cuentan con jaboneras, aunque las mismas estaban desmontadas en el momento de la inspección porque estaban cerradas las instalaciones; que en 2010 también se han dotado de toallas de un solo uso y se ha instalado un tablón de anuncios donde se exponen las analíticas periódicas de los vasos; y que en el curso del año también se ha corregido la falta de visibilidad de los indicadores de profundidad, desplazando el margen del film impermeable que antes los cubría.

En cuanto a la piscina de chapoteo se señalaba que el Ayuntamiento adaptó en su día la altura del fondo para adaptarlo a la normativa vigente, dotándola de un sistema independiente de depuración. Nos dice que siempre ha contado con informe favorable del distrito sanitario, pero que en Junio de 2010 se emite informe desfavorable por las causas señaladas, respecto al cual se formularon alegaciones para tratar de resolver la apertura de la misma en la temporada, fijándose visita conjunta a las instalaciones, con presencia de técnicos del Distrito y la titular de la Delegación, pero tras comprobar la imposibilidad de llevar a cabo medidas correctoras inmediatas, previa solicitud a empresa externa, se optó por dejarla fuera de uso, de manera que según expone el Ayuntamiento no otorgó en ningún momento licencia de reapertura por contar con informe desfavorable.

Por medio del informe del Ayuntamiento llegamos a conocer igualmente que en el expediente incoado para decretar el cese de la actividad se resolvió con sobreseimiento, tras haber constatado la desaparición del riesgo por el cierre acordado de la piscina municipal como también se sobreseyó el procedimiento por razón del cierre voluntario de las instalaciones del vaso de chapoteo, lo cual implicaba la inexistencia de riesgo para la salud pública.

En todo caso por parte del Ayuntamiento se detalla que tras la finalización de la temporada se habían retomado los presupuestos para la ejecución y adopción de las medidas correctoras, mientras que por esa Delegación Provincial se insiste en la realización de un exhaustivo control de las instalaciones de la piscina cuando se inicie la temporada de baño, en aras de proteger la salud pública y la seguridad de los usuarios.

En resumidas cuentas, a resultas de las denuncias formuladas por la asociación interesada en esta queja, se detectaron irregularidades que ponían de manifiesto vulneraciones del Reglamento de Piscinas de uso colectivo, aunque al haber terminado la temporada, y ante la falta de riesgo para los usuarios por este motivo, no se adoptó ninguna medida, a la espera de las inspecciones previas a la reapertura del año siguiente.

Constituye sin lugar a dudas el objeto fundamental de este expediente de queja el enjuiciamiento de la actuación administrativa desde la perspectiva de la legalidad por lo que hace al ejercicio de la potestad sancionadora.

La Delegación Provincial de Salud explicaba que no había ejercido la potestad sancionadora en este caso por la desaparición del riesgo, dada la finalidad de aquélla sujeta exclusivamente a la garantía de la protección de la salud.

Pues bien no está de más reflexionar acerca de que todas las infracciones se conectan generalmente a la protección de un bien jurídico que ha sido libremente declarado por el legislador, lo que no obsta para que en muchos casos las mismas sean meramente formales. Con esto queremos decir que tipifican incumplimientos de un mandato o prohibición, sin necesidad de que se haya producido un daño o perjuicio, tratando de eliminar o al menos reducir las situaciones de riesgo. De seguir la tesis de la Delegación bastaría con cesar en la conducta infractora para renunciar por parte de la Administración a la actuación de aquélla.

Ahora bien, se dan en este caso una serie de circunstancias que habrían de ser tenidas en cuenta para valorar el ejercicio de sus competencias por parte de la Administración. Así en primer lugar que el incumplimiento de la normativa reguladora de las piscinas de uso colectivo es reiterado, pues ya se detectaron irregularidades en 2009, y de nuevo se han puesto de manifiesto otras deficiencias en el año 2010. Ciertamente en el primer caso la piscina estaba cerrada por haber culminado la temporada de baños pero el inicio de actuaciones frente a la titularidad de la misma se condicionó a las inspecciones previas a la apertura correspondiente a este ejercicio.

Cuando dicha actuación inspectora se lleva a cabo, se ponen de manifiesto nuevas infracciones, y se emite informe desfavorable. No obstante, y a pesar de que el Ayuntamiento niega que se otorgara la licencia de apertura, pues había realizado alegaciones tratando de salvar el funcionamiento de la instalación durante esta temporada, lo cierto y verdad es que la piscina abrió sin dicha autorización municipal (en Junio), y estuvo en funcionamiento algún tiempo, pues no es sino hasta la visita de mediados de agosto que se constata el cierre del vaso de chapoteo.

Sobre la interpretación de la Delegación en cuanto al carácter del informe previo a la concesión de dicha licencia, no podíamos coincidir con el criterio interpretativo expuesto. Es verdad que los informes generalmente no tienen carácter vinculante salvo que expresamente se diga otra cosa. Pero es que el art. 28.2 del Decreto 23/1999 resulta bastante explícito en este aspecto, pues literalmente condiciona la expedición de la licencia de apertura de aquéllas piscinas reguladas por la norma que han permanecido inactivas durante seis meses, al informe sanitario favorable de la Delegación Provincial de la Consejería de Salud.

Partimos por tanto de la reiteración infractora, constatamos que se inició este año la actividad en contra del dictamen vinculante de la Administración Sanitaria, pero es que además nos encontramos con que la desaparición del riesgo a la que la Delegación alude no es real, puesto que la misma no obedece a la subsanación de las deficiencias advertidas, sino a la clausura temporal acordada, lo que no impide que al inicio de la próxima temporada estival, tal como viene sucediendo en los dos últimos años, vuelvan a reproducirse las deficiencias expuestas, u otras diferentes.

Mucho se ha discutido por la doctrina y en la Jurisprudencia sobre el carácter reglado o discrecional de la potestad sancionadora de la Administración, encontrándonos a este respecto con opiniones diversas. Es decir nos estamos planteando si la Administración se ve obligada a actuar la competencia que en este sentido tiene atribuida cuando se dan

las circunstancias previstas en la norma, o lo que es lo mismo cuando existen indicios suficientes de la realización de algún tipo infractor; o bien goza de cierto margen de libertad a la hora de incoar los procedimientos sancionadores y concluirlos.

Sobre este particular, y aunque la posición que defiende que la potestad sancionadora es de ejercicio obligatorio gana progresivamente adeptos, lo cierto es que la tesis mayoritaria en la actualidad sostiene que la potestad sancionadora es de ejercicio discrecional. Se trata de un ejercicio facultativo con arreglo a criterios de oportunidad, pero dicha oportunidad debe entenderse como discrecionalidad, y como tal controlable, y no como arbitrariedad.

No sabemos si las instrucciones emanadas de la Secretaría General de Salud Pública para el programa anual de piscinas de uso colectivo establece indicadores para el ejercicio de la potestad sancionadora que, obedeciendo a criterios objetivos e igualitarios permitan eludir la arbitrariedad expuesta.

En todo caso nos parece que en este supuesto concurren elementos suficientes para que se hubiera activado dicha potestad, sin que las circunstancias justificativas expuestas para eximir de responsabilidad al Ayuntamiento afectado podamos entenderlas suficientes, a la vista de la argumentación desarrollada.

Las consideraciones vertidas formulamos a la Delegación Provincial de Salud la siguiente **Recomendación**:

*“Que se adopten criterios objetivos para el ejercicio de la potestad sancionadora en relación con las infracciones previstas en el Reglamento Sanitario de las Piscinas de uso Colectivo (Decreto 23/1999, de 23 de Febrero), de forma que se proscriba la arbitrariedad.*

*Que se promueva expediente sancionador por las infracciones detectadas en las visitas de inspección de este año, en la medida en que no hayan prescrito, y en todo caso si se reproducen las mismas u otras distintas, al inicio de la temporada correspondiente a 2011.”*

#### 2. 1. 2. Atención Primaria.

Dos cuestiones queremos destacar en este apartado, ambas evidenciando una desasistencia, la primera con fundamento en el rigor burocrático al tratarse de un desplazado, y la segunda por la omisión de la prestación rehabilitadora domiciliaria, que al no abordarse desde el nivel hospitalario ni del primario obliga al paciente a proveérsela privadamente y a su cargo.

En la **queja 10/418** acudió a esta Institución el interesado para manifestar su disconformidad con la atención recibida en un centro de salud de Huelva.

Con carácter previo había ido al servicio de urgencias del hospital Juan Ramón Jiménez, porque encontrándose en dicha localidad se sintió enfermo, siendo diagnosticado de infección del tracto urinario.

Antes de volver a su lugar de residencia en otra provincia, nos indicaba que le apareció un dolor muy fuerte en la zona baja del abdomen, que no remitía con la medicación

que le habían prescrito en el hospital, por lo que acudió al centro de salud más cercano al lugar donde se alojaba temporalmente.

Allí señala que la persona que le atendió en el mostrador le explicó que, como no tenía médico asignado, debía esperar una hora a que llegara el facultativo de urgencias, o bien que volviera al día siguiente para regularizar su situación como desplazado con asignación de médico. Al parecer tampoco se atendió su solicitud de que le fueran recetados los medicamentos prescritos en el hospital, por lo que se vio obligado a abonar completamente el precio de los mismos cuando los adquirió en una farmacia.

El informe del Distrito Sanitario indicaba que en ningún momento existió negativa a prestarle atención sino que trataron de explicarle la necesidad de actualizar su situación de desplazado en la Base de Datos de Usuarios, con el objeto de poder asignarle un médico que pudiera ofrecerle toda la atención que precisara.

Por otro lado se esgrime que cualquier ciudadano que necesita atención urgente es asistido por un facultativo, obviando todos los trámites burocráticos, lo que no obsta para que se respeten las normas de régimen interno que organizan la actividad de los profesionales.

Ciertamente las partes asumen que no existió negativa a proporcionar la asistencia que se requería, la controversia surge en cuanto a la manera de dispensar la misma.

Para el interesado aquélla no se ofreció en tiempo y forma adecuadas, pues se supeditaba bien a una espera de al menos una hora para la llegada prevista del facultativo de urgencias, bien a otra espera mayor hasta la mañana siguiente, para formalizar su asistencia como desplazado.

Por su parte el Distrito, tras asegurar que no existió negativa, se limita a manifestar con carácter genérico que se le explicaron los trámites necesarios para prestarle asistencia, y que se atiende sin trámite alguno las situaciones de urgencia.

No incide sin embargo respecto a la manera en la que habría de regularizarse la situación de desplazado, para compararla con el relato del interesado, ni sobre la eventual valoración de urgencia que podía presentar su estado cuando llegó al centro de salud, pues el interesado manifiesta que tenía un dolor insoportable que le impedía estar erguido, y apenas podía caminar.

Asiste la razón al interesado cuando esgrime que la normativa interna del SAS a la que el Distrito alude, o al menos la información que de la misma se proporciona a los ciudadanos a través de la plataforma InterS@S, no contempla la asignación de médico en el municipio al que el usuario se desplaza más que en los casos en los que la residencia en el mismo se prolongue entre uno y doce meses, y aún así se configura como una opción para garantizar que un mismo médico le preste la atención durante este tiempo.

Cuando los desplazamientos se realizan por período inferior al mes basta la tarjeta sanitaria para ser atendido en su condición de desplazado en cualquier centro de salud de la Comunidad Autónoma Andaluza.

Por otro lado, desde esta institución conocemos que cada centro de salud organiza la manera de atender las demandas de atención urgente que se produzcan en el horario ordinario de funcionamiento del centro, desconociendo la razón por la que el facultativo encargado de las demandas urgentes en el centro de salud el día que acudió el interesado, no se encontraba en el centro. Así no sabemos si era debido al mismo horario fijado para la atención de estas consultas, o acaso se había desplazado para una asistencia fuera del centro. La cuestión es que el padecimiento del interesado no se valoró como urgencia y en este sentido también podría hablarse sobre la falta de mecanismos en los centros de salud para priorizar las asistencias en estos casos a fin de asegurar la atención en tiempo adecuado.

En resumidas cuentas, se antepusieron aspectos formales relacionados con la situación de desplazado del interesado, el cual por otro lado aparecía perfectamente identificado con su tarjeta sanitaria, a la necesidad que presentaba de atención no demorable, cuando no resultaba exigible ningún tipo de regularización previa, pues el interesado puso de manifiesto su intención de permanecer sólo unos días en la localidad, y al mismo tiempo, según manifiesta, se encontraban en sus consultas médicos que en aquel momento no prestaban ningún tipo de asistencia.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se formuló a la Dirección del Distrito Sanitario la siguiente **Recomendación** (que fue aceptada):

*“Que en los casos de demanda de asistencia por usuarios desplazados desde su localidad de residencia en Andalucía por tiempo inferior a un mes, se proporcione directamente la misma sin gestiones administrativas que la demoren en el tiempo, de acuerdo a lo previsto en Instrucciones internas del SAS, para las que no resulta exigible en estos casos la asignación previa de médico.*

*Que se valoren adecuadamente las demandas de asistencia urgente por profesional capacitado al objeto de que sean asistidas en función de la prioridad que se les asigne”.*

La **queja 09/1280** a instancia del interesado quien nos relataba que su mujer fue víctima de un derrame cerebral espontáneo a los treinta y seis años de edad, y que como consecuencia del mismo la afectada quedó ingresada en estado de coma vigil en el Hospital Regional de Málaga, donde hubo de ser sometida a numerosas intervenciones quirúrgicas, siéndole incluso colocada una válvula de drenaje ventricular (cánula de traqueotomía).

Como quiera que habían transcurrido seis meses y la situación clínica de la enferma permanecía estancada, el centro hospitalario procedió a darle el alta y continuar el control en su domicilio por el médico de atención primaria.

No obstante, a pesar de que el Hospital había dado por culminado el proceso asistencial, el reclamante consideraba que no se habían puesto los medios precisos para intentar poner remedio al estado de su mujer, tales como someterla a estimulación rehabilitadora especializada dirigida a posibilitar su evolución y progreso, y, en cualquier caso, a impedir su progresivo deterioro hasta llegar a una decadencia sin retorno. Sin embargo, no facilitándole tratamiento rehabilitador el Hospital, se vio obligado a contratar privadamente a los profesionales pertinentes, haciendo un gran esfuerzo económico para asumir su elevado coste. La enferma ha venido siendo atendida con carácter particular, por tanto, por fisioterapeuta, neurólogo, neuropsicólogo y logopeda; y finalmente con logopeda



del sistema sanitario público y asistencia personal domiciliaria como prestación derivada de la conocida como Ley de la Dependencia. Igualmente tuvo que adquirir a su costa cuantos elementos adicionales ha precisado, entre otros, la órtesis antiequino que previamente le fue denegada por el servicio hospitalario.

Asimismo, en este largo y difícil proceso de recuperación, solicitó el reclamante que su mujer pudiera beneficiarse de una plaza en el único centro estatal de atención al daño cerebral, sito en Madrid, siéndole denegada su petición, con el argumento de que el tratamiento rehabilitador interdisciplinar intensivo que proporciona dicho centro, no era aplicable a la interesada a causa de su déficit y situación personal.

Fruto del tratamiento antedicho procurado por su familia, ha recuperado su conciencia y la movilidad parcial de sus miembros, se alimenta por la boca, acierta a expresarse de forma verbal, se ejercita con un programa informático de estimulación cognitiva que ella misma maneja y, sobre todo, puede comunicarse con su entorno; situación que contrasta con la que mostraba al tiempo del alta hospitalaria.

De los diferentes informes se deduce que tras el alta hospitalaria ha existido un abandono sanitario-asistencial de la enferma, contrario a sus derechos como usuaria del sistema sanitario público, que se manifiesta en dos momentos cruciales particularmente:

a) El primero, a su derivación domiciliaria por agotamiento de las posibilidades de evolución curativa, tras su estancia hospitalaria de nueve meses en el centro hospitalario, sin previsiones de que pudiera serle prestado tratamiento rehabilitador domiciliar por falta de cobertura geográfica de la unidad correspondiente en su zona de residencia, y, en todo caso, por entender clínicamente como estéril todo esfuerzo dirigido a revertir un proceso que, por lo que al sistema sanitario público y sus medios se refiere, fue calificado como irreversible.

Aunque este extremo es negado por la Administración sanitaria argumentando que la distancia kilométrica (15 kilómetros en este caso) no es un criterio de inclusión o exclusión de pacientes en el referido servicio, citándose la Guía de Procedimientos de Equipos de Rehabilitación en Domicilio (a tenor de la cual, la interesada sería beneficiaria de la prestación, como paciente incluida en el criterio de su Grupo 2); sin embargo, es lo cierto que a efectos prácticos y reales, más allá de teóricas y abstractas guías, la enferma no recibió tratamiento domiciliar alguno, tal y como confirma el informe del Hospital, siendo las causas impeditivas reales las que el informe predicho cita, ambas imputables al Servicio Andaluz de Salud, a saber:

- La falta de rehabilitación domiciliaria, por la carencia de cobertura del área de la zona del domicilio de los afectados, por parte del equipo móvil de dicha unidad rehabilitadora, hasta finales de 2008.

- La omisión del tratamiento logopédico y del de rehabilitación cognitivo conductual, por carencia e insuficiencia, respectivamente, de profesionales disponibles, ya que el Hospital sólo está dotado de un logopeda que, por ello, no puede abarcar más allá de la atención a pacientes hospitalizados, y no cuenta con rehabilitador cognitivo conductual.

No en vano, el informe del Servicio de Rehabilitación del Hospital, refleja expresamente que la paciente *“No realiza tratamiento fisioterápico, logopédico ni de Terapia Ocupacional en este Servicio ni en ningún otro Centro público, dada la distancia del*

*domicilio y la situación clínica de la enferma, y dado que el actual equipo de Rehabilitación domiciliaria no alcanza a la localidad de residencia de la paciente en su radio de acción". Falta de prestación pública de tratamientos rehabilitadores que, sin embargo, no impidieron el progreso favorable de la paciente, al ser paliada la carencia de los anteriores a costa del esfuerzo económico del núcleo familiar con medios privados, tal y como lo acredita el posterior informe de evolución del referido Servicio: "Desde el punto de vista de la evolución, lo más significativo es el enorme avance obtenido en la esfera cognitiva y de relación con el entorno, así como en la ejecución de órdenes, movimientos y actos complejos que realiza espontáneamente y de modo voluntario. Igualmente, la comprensión del lenguaje es buena y la evolución en la articulación de fonemas y palabras es significativa".*

b) El segundo momento tiene lugar cuando pretenden asegurar la buena evolución que la mujer del reclamante va experimentando por la actuación de los profesionales privados que la tratan, mediante su tratamiento en el único centro especializado a nivel estatal en la atención al daño cerebral.

Es, igualmente, el Servicio de Rehabilitación del Hospital, quien prescribe la valoración de la enferma por el Centro Estatal de Atención al Daño Cerebral, al estimar que *"puede beneficiarse de tratamiento rehabilitador cognitivo conductual y reeducación del lenguaje o técnicas compensatorias"*. Dicha valoración, sin embargo, es resuelta negativamente por la Subdirección General de Gestión del IMSERSO.

En informe remitido a esta Defensoría por la Subdirectora General del organismo citado, se justifica la citada denegación en dos criterios que califica de *"técnico-facultativos"*: Uno, cronológico, concretado en no ser reciente el alta hospitalaria al tiempo de la solicitud; y el otro consistente en no existir una posibilidad razonable de rehabilitación, a la que el órgano competente llega sin intermediación ni examen de la interesada y que se adopta contradiciendo la previsión favorable sostenida documentalmente por el Servicio proponente, y que sí está basada en la exploración física directa del facultativo correspondiente. Cabe objetar que si el primero de los referidos criterios (el cronológico puro) se nos antoja irrelevante y extraño a la cualidad de *"técnico-facultativo"*; por lo que al segundo se refiere, basta atenerse a la evolución de la enferma para que decaiga. De manera que no discutimos que, conforme a su normativa (Orden TAS 55/2002, de 8 de Enero), el procedimiento aplicado por el CEADAC haya sido el protocolariamente previsto, pero sí hemos de afirmar, de cualquier modo, que se trata de un procedimiento que, -a la vista está-, es ineficaz para valorar qué casos son susceptibles de beneficiarse del tratamiento correspondiente, de manera que su aplicación abstracta, sin descender al supuesto humano concreto, está excluyendo de sus posibles beneficios a potenciales candidatos, que de este modo, pierden una oportunidad vital en el sentido más literal del término. De donde es preciso recordar a los facultativos o especialistas encargados de la comprobación del cumplimiento de los requisitos iniciales previos, que, sin contrariar la norma, es posible hacer una aplicación personalizada y no rígida y automatizada de los criterios prevenidos por la misma; así como que, en caso de duda o de insuficiencia documental, la solución no ha de ser la denegación de plano, sino, antes al contrario, la de garantizar los derechos del ciudadano, posibilitando el acceso a su evaluación directa antes de resolver sobre la solicitud. De otro modo se produce el efecto indeseado de obtener resultados injustos.

La Constitución española de 1978 reconoce en su artículo 43 el derecho a la protección de la salud, derecho que se desarrolla en la Ley 14/1986, de 25 de Abril, General de Sanidad (artículo 1.1) y en la Ley de Salud de Andalucía 2/1998, de 15 de Junio (artículo



1.1), en el artículo 49 de la Constitución previene la obligación de los poderes públicos de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos, debiendo prestarles la atención especializada que requieran y amparándolos especialmente en el disfrute de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos a todos los ciudadanos. También el Estatuto de Autonomía para Andalucía (artículo 10.3.15º y .16º) señala entre los objetivos básicos de la Comunidad, los de especial atención a las personas en situación de dependencia y de integración de las personas con discapacidad; concretando, cuando se trate de personas que padezcan, -como la interesada en el presente-, enfermedades crónicas e invalidantes, su derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes (artículo 22). Previsión que encuentra su corolario en la Ley 14/1986 (artículo 6.1.5º) y en la andaluza Ley 2/1998 (artículo 2), además de en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, cuando señalan como orientación de las actuaciones de las administraciones públicas sanitarias, la de promoción de las acciones necesarias para la rehabilitación funcional y reinserción social del paciente, conforme al principio de concepción integral de la salud.

Precisamente en materia de rehabilitación, la Ley 16/2003, de 28 de Mayo, incluye dicha prestación tanto entre las de atención primaria como entre las de la atención especializada (artículos 12.y .2.e) y 13.2.h), refiriéndose, en el caso de esta última, a la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable.

Sobre dicha base normativa y partiendo de los extremos fácticos que acredita la documental obrante en el expediente, resulta obligado llegar a la conclusión de que la afectada ha sido víctima de un abandono sanitario y asistencial, tanto por desidia como por el hábito de relegar a un plano secundario los casos que, requiriendo un alto coste y un prolongado esfuerzo, son de evolución científica incierta. A lo que hay que unir el hecho objetivo de la carencia material de equipo móvil que prestara el servicio de rehabilitación a domicilio en la zona de la enferma, así como la inexistencia de los correspondientes profesionales logopedas y de rehabilitación cognitivo-conductual.

Respecto de lo anterior, no puede dejar de traerse a colación la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que establece, entre las garantías de las prestaciones, las de accesibilidad y movilidad (artículos 23 y 24), conforme a las cuales todos los usuarios tendrán acceso a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad efectiva, con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento.

De donde resulta patente que el radio de acción del equipo móvil de la unidad de rehabilitación correspondiente al área de referencia de la paciente, como motivo determinante de la falta de prestación a la misma de un tratamiento que le era preciso, es únicamente imputable a la administración sanitaria, siendo la misma quien debe asumir y cargar con las consecuencias de su omisión, que, en el caso presente, se traducen en el reintegro del coste económico asumido por la familia de la enferma, para procurar a la misma la atención especializada que su estado exigía.

A la misma conclusión debe llegarse si lo que se cuestionó fueron las posibilidades de recuperación y mejora de la paciente, dado que el tesón de su marido en persistir en su tratamiento ha demostrado sobradamente los beneficios que la asistencia especializada han reportado a su mujer, (se sostiene sobre su tronco, ingiere alimentos en la forma ordinaria, articula fonemas, maneja sus miembros izquierdos y un programa informático dirigido a su estimulación cerebral y cognitiva, ríe con los suyos...). Por lo que,

cualquier previsión médica inicial en contrario, es evidente que ha resultado errónea y desacreditada por la realidad actual de la enferma.

Las consideraciones expuestas llevan a esta Defensoría, a efectuar a la Consejería de Salud y a la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, la siguiente **Recomendación** (pendiente de respuesta):

*“Que promueva las medidas necesarias para garantizar el acceso de todos los usuarios del SNS a las prestaciones y servicios de la cartera de servicios en condiciones de igualdad, con independencia de su domicilio; posibilitando dicho acceso incluso a través de medios ajenos cuando la red sanitaria carezca de cobertura geográfica en el domicilio o residencia del usuario.*

*Que arbitre un protocolo específico de actuación dirigido al tratamiento y rehabilitación, la mejora en la calidad y la dignificación de la vida de los enfermos en situación de coma vigil.*

*Que, por lo que a los interesados en el presente se refiere, adopte las medidas oportunas, a través del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reintegro del importe de la inversión económica efectuada para la rehabilitación y recuperación funcional y cognitiva por medios privados; y resarcirles en todos los daños y perjuicios que por esta causa hayan sufrido”.*

Por último, se dio traslado de la presente resolución al Instituto de Mayores y Servicios Sociales del Ministerio de Sanidad, a los efectos que pudieran resultar de su interés, sin que hasta el momento se haya recibido respuesta sobre estas recomendaciones.

### 2. 1. 3. Atención Especializada.

#### 2. 1. 3. 1. Humanización de la asistencia.

La información a los pacientes, familiares y allegados de todo lo concerniente al acontecer asistencial se convierte más allá de una exigencia legal en un elemento que se integra en la propia asistencia y no en mero añadido a ella, conformando lo que desde una perspectiva ética se denomina “humanización” de la asistencia sanitaria, y es que en no pocas ocasiones estos enfermos y sus familiares perciben, especialmente en los grandes centros hospitalarios y/o sometidos a una cierta presión asistencial (como suele ser el caso de las urgencias hospitalarias), que la asistencia de los profesionales se focaliza exclusiva y objetivamente en el proceso patológico desatendiendo otros aspectos. En este punto conviene recordar que la Medicina surgió con vocación de servicio al hombre, como un valor esencial del acto médico, que debe llevarse a la práctica mas allá de las declaraciones que en los planes de actuación (Plan Estratégico del SAS) se enfatizan.

Un ejemplo de ello nos lo demuestra la **queja 09/885**, en la que el interesado nos relataba la experiencia del proceso asistencial de su padre en el servicio de urgencias

de un centro hospitalario, en el que permaneció durante más de ocho horas y donde terminó falleciendo.

Para expresar las consideraciones que esta situación nos suscita, nos parece imprescindible reflejar brevemente el relato de los hechos del caso.

Así al parecer el paciente fue trasladado en una ambulancia del 061 y llegó al servicio de urgencias sobre las 16.00 horas, con sintomatología de disnea, fuerte dolor en costado derecho y estado de semi-inconsciencia.

Tras el triaje y espera en sala fue atendido por una facultativa que le prescribió varias pruebas (análisis de sangre y orina y radiografía) y a las 18.00 horas se tomó la muestra de sangre y se le practicó un electro. La radiografía la hicieron a las 20.30 horas, y ya por entonces se encontraba en bastante mal estado, por lo que tras avisar al médico le pusieron una mascarilla de oxígeno, a la espera de tener los resultados de las pruebas.

En varias ocasiones a lo largo de este tiempo se intentó obtener la muestra para la analítica de orina, pero el interesado y su mujer no se bastaban para desplazarlo y no encontraron apenas apoyo por parte del personal celador.

Después de un tercer intento infructuoso sobre las 21.00 horas y a la vista del estado agonizante del paciente, el interesado pidió hablar con la facultativa que lo emplazó para 15 minutos después, porque ya contaba con los resultados de las pruebas. Entonces tuvo que esperar al responsable de la unidad de observación porque el paciente fue trasladado a la misma, el cual le comentó que aquél se encontraba en estado crítico con neumonía, colapsado del pulmón derecho y mal estado del corazón, falleciendo tres horas después (a las 00.30 horas del día siguiente).

En este punto el interesado señala que su padre no fue atendido con celeridad, no le proporcionaron medios más confortables en relación con su estado y edad, no le paliaron el dolor ni la disnea, no aceleraron las pruebas diagnósticas, no fue visto por un especialista, no recibió las transferencias adecuadas en cada momento, y no informaron a los familiares hasta el punto de llegar a preguntarse si es que no merecía la pena por la edad avanzada del paciente.

Por su parte el hospital, implícitamente reconoce falta de coordinación y de agilidad en la transmisión de la información en diferentes momentos de la situación del paciente, y en cierto sentido carencias en la humanización de la atención que requiere el seguimiento de estas situaciones. Al mismo tiempo, se adjuntan los informes de la supervisión de enfermería, y la jefatura del personal subalterno que abundan en el lamento por lo sucedido y la adopción de medidas que reviertan en la atención personalizada de los pacientes.

Llegados a este punto cabe la posibilidad de aplicar una doble perspectiva al análisis de los hechos. Así desde una óptica exclusivamente asistencial se plantea el interrogante sobre la existencia de una praxis médica adecuada en relación con la patología padecida por el paciente que acabó determinando su fallecimiento. En este punto a iniciativa del interesado se inició un expediente de responsabilidad patrimonial que se tramita por la unidad correspondiente del SAS. Desconocemos en ese caso cuál era la patología previa del interesado, más que por los antecedentes que constan en el informe de urgencias (HTA, DM tipo 2, miocardiopatía hipertrófica obstructiva, estenosis isquémica aórtica, cardiopatía

isquémica con sten, anemia, insuficiencia renal,...) y la sintomatología que se recoge al ingreso tampoco coincide exactamente con la que refiere el interesado (malestar general de varios días de evolución, pérdida de fuerzas en ambos MMII, febrícula con escalofríos, tos con expectoración amarillenta, diarreas y dolor en hipocondrio y flanco derecho).

En cualquier caso, y con independencia de que las carencias asistenciales puedan haber influido o no en el desenlace, pues se detecta una neumonía que origina el fallecimiento en pocas horas, por lo que no sabemos hasta qué punto hubiera sido eficaz el anticipo del tratamiento; lo cierto es que se producen errores en la clasificación del paciente y la falta de priorización del mismo, considerando como banal un caso que no lo era. Desconociendo la prioridad otorgada en el triaje, se tardó una hora en asistir al paciente en consulta, otra hora más para hacerle las primeras pruebas básicas (análisis de sangre y electro) y dos horas y media más para una radiografía. En resumidas cuentas las pruebas, y por ende el resultado de las mismas, se demoraron en demasía teniendo en cuenta el estado del paciente que según el informe de alta de urgencias en cierto momento "impresiona de gravedad".

Cabe plantearse hasta qué punto este tipo de comportamiento es habitual en relación con los pacientes ancianos que padecen dependencia funcional o deterioro cognitivo. El manejo clínico de este tipo de pacientes seniles resulta sin duda complicado pero pensamos que en muchos casos existe una tendencia peligrosa a minimizar la gravedad de su sintomatología, y que muy al contrario este tipo de pacientes requieren de una sensibilidad especial del personal que realiza el triaje, de un conocimiento experto de los facultativos de urgencias, y de unos protocolos de actuación específicos en estos casos.

En un segundo momento, otros aspectos llaman nuestra atención sobre lo sucedido: ubicación del paciente, falta de tratamiento del dolor, acompañamiento de familiares, falta de apoyo de celadores, y carencias en la información.

Por lo que respecta al primer punto, desconocemos el sitio concreto en el que el paciente permaneció mientras esperaba la práctica de las pruebas y fundamentalmente el resultado de las mismas, pero hasta unas cinco horas después de su llegada no pasa al área de observación. Evidentemente la espera en estas condiciones no fue la idónea para una persona que se encontraba en estado preagónico. Sólo atendiendo a la edad y a las circunstancias en las que llegó al servicio de urgencia se imponían unos medios más acordes que garantizaran un mínimo de confort e intimidad. El relato del interesado sobre la incomodidad de su padre recostado en una camilla, que obligó a su traslado a una butaca, o los desplazamientos a los servicios para la toma de muestra de orina, dejándolo incluso sentado en el mismo en una ocasión, sin ayuda de celadores para moverlo, lo que obligó al interesado a salir a buscarlos, da una idea del episodio sufrido por el paciente y sus familiares.

Respecto del acompañamiento por los familiares, requerido cuando se hizo necesario para controlar al paciente, y vedado en el área de observación de urgencias, sería necesario preguntarse por el papel de la familia o los cuidadores en estos casos, sobre todo cuando los pacientes sufren síndrome confusional o alteración de la conducta, lo que entronca directamente con la referencia que antes hacíamos a la ubicación y nos lleva a preguntarnos igualmente dónde deberían quedar emplazados en el área de urgencias para garantizar su seguridad, y cuáles han de ser los procedimientos y la ubicación de los pacientes en estado preagónico en urgencias.

Por último es preciso aludir a la falta de información continuada sobre el estado del paciente durante el período de su permanencia en el servicio de urgencias. Por nuestra parte entendemos que el derecho del paciente y sus familiares o allegados a obtener información completa y continuada sobre el proceso, se dificulta sobremanera en los servicios de urgencias hospitalarios por las condiciones de saturación en las que habitualmente se proporciona la asistencia en los mismos. Pero ello no impide que deba hacerse un esfuerzo importante para paliar la ansiedad y la tensión de quienes se ven en la necesidad de acudir a estos dispositivos y de quienes les acompañan, sobre todo en los procesos como el que consideramos, en los que el deterioro del estado de salud del paciente lleva a su fallecimiento.

Por nuestra parte pensamos que, con independencia de la asistencia que se dispense desde un punto de vista exclusivamente técnico, la atención en urgencias puede poner en entredicho el respeto de algunos de los derechos que la normativa vigente atribuye a los usuarios del sistema sanitario público, situación de riesgo para dichos derechos (intimidad, dignidad,...) que se acrecienta en la medida que el tiempo de permanencia en el servicio aumenta, porque ello conlleva que simultáneamente se intensifique la atención sanitaria, pero al mismo tiempo surjan necesidades (alimentación, confort, aseo, información al paciente y familiares, ...), para las que las estructuras que estamos refiriendo no aparecen suficientemente preparadas. Pero es que incluso para los pacientes de avanzada edad con patologías múltiples este entorno resulta especialmente hostil.

Por eso desde la óptica de la humanización de la práctica asistencial que desde hace tiempo venimos reclamando, consideramos que la experiencia del paciente en el área de urgencias no revela una atención particularizada de sus circunstancias individuales que es lo que en el marco de aquélla propugnamos en esta Institución.

Con independencia de la motivación concreta que en cada caso exista, nos parece que la situación de partida de estos pacientes de avanzada edad, revela un singular desvalimiento que haría aconsejable una recepción y un acompañamiento singularizado de los mismos por el proceso asistencial en urgencias.

La reciente Ley 2/2010, de 8 de Abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte, en su Exposición de Motivos señala que «el imperativo de una vida digna alcanza también a la muerte», de manera que «una vida digna requiere una muerte digna», consignando como finalidad de la misma en su art. 2 la de «proteger la dignidad de la persona en el proceso de su muerte», y fija todo un conjunto de garantías a proporcionar por las instituciones sanitarias que engloban el acompañamiento de los pacientes, el apoyo a las familias y personas cuidadoras, el asesoramiento en cuidados paliativos y la estancia en habitación individual para personas en situación terminal. Será necesario por tanto adoptar las medidas oportunas para que dichas garantías tengan igual cumplimiento en el ámbito de los servicios de urgencia hospitalarios.

Es por eso que teniendo en cuenta los hechos expuestos, esta Institución formuló a la Dirección Gerencia del Hospital **Recordatorio** de deberes legales, considerando incumplidos los siguientes preceptos:

- De la Ley 14/86, de 24 de abril, General de Sanidad, art. 10.1: «Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: Al

respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, religioso, político o sindical».

- De la Ley 2/98, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, art. 6.1, b y h: «Los ciudadanos al amparo de esta Ley son titulares y disfrutan con respecto a los servicios sanitarios públicos en Andalucía, de los siguientes derechos: Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que puedan ser discriminados por razón alguna, y a que se les dé en términos comprensibles a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento»

Al mismo tiempo y con idéntico fundamento normativo se dirigió la siguiente **Recomendación** (aceptada):

*“Que se revisen los procedimientos existentes o en su caso se establezcan protocolos concretos para la atención en urgencias de los pacientes de avanzada edad, valorando la posibilidad de establecer un circuito específico para los mismos.*

*Que se analicen y se adopten los medios para el cumplimiento en el ámbito del servicio de urgencias de las garantías reconocidas a los pacientes en el proceso de la muerte, incorporando los que se hagan precisos para satisfacer el respecto de su dignidad”.*

#### 2. 1. 3. 2. Praxis médica.

En los casos que titula este apartado exponemos a los interesados las posibilidades de actuación de esta Oficina cuando se invoca un supuesto de negligencia en la asistencia, ya que carecemos de medios para evaluarlo desde una perspectiva técnica, y por tanto determinar en qué medida ha podido existir mala praxis. En este sentido le sugerimos la posibilidad de iniciar el expediente para demandar la responsabilidad patrimonial de la Administración en cuyo seno y a través de peritajes contradictorios puede dilucidarse con mayor rigor las praxis llevadas a cabo en el curso de los hechos, con independencia del conocimiento del inicio de actuaciones judiciales en la vía penal, en su caso.

Así en la **queja 09/3016** compareció la interesada para darnos cuenta del proceso asistencial de su hijo, con episodios en los centros de salud (el de su residencia y el de la localidad más próxima) y el servicio de urgencias del hospital de referencia.

Manifestaba la interesada que en el corto lapso de tiempo en el que aparecieron los síntomas de su enfermedad hasta el momento en el que se produjo su fallecimiento, el paciente y los familiares no cesaron de reclamar de los dispositivos asistenciales referidos la atención precisa para el diagnóstico y tratamiento de la dolencia que se instauró en aquél, sucediéndose una cadena continuada de errores que tuvo una incidencia significativa en el desenlace, a lo que añade una denuncia de grave descoordinación y disfunciones del sistema sanitario.



Constatamos que en la mayoría de los casos de esta naturaleza, la gravedad de los hechos y la impronta de los mismos hace que sea usual la intervención de los dispositivos de urgencia, especialmente los servicios de urgencias hospitalarios.

En lo que se refiere al relato del itinerario asistencial de su hijo, la interesada nos señala que este empezó a presentar síntomas a finales de Marzo y que tras una noche sin dormir con constantes vómitos, diarrea y fuerte dolor abdominal, acudió al día siguiente al centro de salud más próximo (era sábado y en el Centro de su localidad de residencia no hay atención de urgencias). Allí le diagnostican gastroenteritis, y tras media hora en observación con una buscapina y administración de un bote de suero, regresa a su casa con indicación de dieta blanda y suero oral.

Al día siguiente, continúa con la misma sintomatología encontrándose cada vez peor, por lo que tras intentar contactar con su médico de cabecera del centro de salud de su localidad, se desplaza un día después de nuevo al centro de la localidad próxima, desde donde le derivan a urgencias del hospital de referencia, ante la alerta que provoca su estado y debido a la mala evolución (en el informe se refleja abdomen y Blumberg dudosos).

En el servicio de urgencias del hospital permaneció aproximadamente veinte horas, pasando la noche en sillones de observación, con toma de muestras y cultivo de heces, así como radiografía de tórax. Al final la facultativo que le asiste desatiende las indicaciones de la familia sobre el diagnóstico aventurado en el centro de salud de posible peritonitis, y decide que lo que padece es una salmonelosis, por lo que le da el alta y lo envía a su domicilio. Se propone tratamiento sin antibióticos y observación domiciliaria con seguimiento por el médico de cabecera, a la espera de conocer los resultados de las pruebas realizadas, los cuales han de tardar una semana.

Como el estado del paciente no mejoraba, la interesada llamó en repetidas ocasiones al médico de cabecera durante el día siguiente, sin que llegara a visitarlo en el domicilio, por lo que se vio obligado a acudir al mismo al día siguiente, pero la facultativo que le atendió simplemente insistió en continuar el tratamiento prescrito a la espera de los resultados.

Tres días después el paciente fue llevado de nuevo a urgencias del hospital. En este caso sólo estuvo alrededor de unas tres horas, transcurridas las cuales fue de nuevo dado de alta, aunque en esta ocasión, y dado que por fin se habían recibido los resultados del hemocultivo (positivo para e.coli) se le instauró tratamiento antibiótico (ciprofloxacino).

A las pocas horas de regresar a su domicilio la situación era tan grave que se dio aviso al servicio de urgencias para que lo llevaran de nuevo al hospital, pero ante la no disponibilidad de la ambulancia que se encontraba realizando otro servicio y habría de demorarse al menos una hora, un familiar lo llevó en su coche particular.

Al ingreso en dicho servicio el paciente presentó parada cardiorrespiratoria y aunque se recuperó de la misma tras intensas maniobras de resucitación, falleció poco tiempo después en la UCI.

Partiendo de nuestra limitación para efectuar un análisis de la adecuación de la práctica asistencial a la "lex artis", ni en su caso valorar la existencia de un nexo causal directo entre la actividad/inactividad de la Administración Sanitaria y el desenlace final, resulta obligado reflexionar sobre algunos aspectos de lo sucedido. Ciertamente la medida

de la mala praxis vendrá dada por el juicio sobre dicha adecuación, la cual en cierto modo aparece condicionada por el cumplimiento de los protocolos y las guías de práctica clínica, aunque puede afirmarse con rotundidad es la concurrencia de un error de diagnóstico, sea o no punible.

En este sentido el fallecimiento se produce por shock séptico con fracaso multiorgánico, y según el informe de la autopsia se detectó una necrosis isquémica masiva del intestino delgado, ileon terminal y apéndice cecal por trombosis de microvasculatura mesentérica que da lugar a una extensa peritonitis aguda secundaria. En este sentido el informe de la autopsia contrasta con los realizados y mantenidos durante todo el tiempo por los facultativos que asisten al paciente en los diversos dispositivos a los que acude (gastroenteritis, posible salmonelosis).

De todo lo anterior se desprende la incapacidad de los dispositivos referidos que atienden al paciente durante nueve días en que acontecen los hechos aquí descritos para alcanzar en este tiempo un diagnóstico correcto. Cabe preguntarse cuál es la razón de que no pueda llevarse a cabo, y si es lícito resignarse ante dicha imposibilidad, o por el contrario resulta aconsejable analizar las circunstancias que puedan arrojar pistas para tratar de evitar nuevos errores en el futuro.

Partimos de que la patología detectada presenta inicialmente un diagnóstico difícil. El mismo informe de la necropsia avanza que los pacientes pueden evolucionar sin dolor hasta en un 25% de los casos, siendo frecuente la distensión abdominal y la asociación a náuseas, vómitos y diarrea. En concreto alude a que en fases iniciales la exploración física puede mostrar únicamente sensibilidad a la palpación abdominal y en fases más avanzadas se pueden hallar claros signos de peritonitis, ascitis, fiebre, e incluso inestabilidad hemodinámica.

Ahora bien creemos que el diagnóstico de estos casos no debe pender sólo del azar, sino que al menos han de interpretarse los indicios concurrentes para incrementar el esfuerzo, intensificando la vigilancia sobre el paciente y ampliando el espectro de pruebas a realizar.

Así en un primer lugar llama la atención la gran diferencia de apreciación sobre la gravedad del estado del paciente entre los distintos facultativos intervinientes, y el propio enfermo y su familia. Contrastan de esta manera las afirmaciones sobre buen estado general o inexistencia de síntomas de gravedad que se reflejan en los diferentes episodios asistenciales, con el relato de la interesada, que evidencia un estado de postergación continuada de aquél (sin comer durante varios días porque todo lo vomitaba, sin encontrar postura adecuada, sin desaparición definitiva del dolor ni de los otros síntomas, palidez, pérdida significativa de peso ...).

Entendemos que a los facultativos les corresponde la responsabilidad del proceso asistencial y el desarrollo del mismo no puede contagiarse de la subjetividad de los familiares, pero ello no implica que se deje de escuchar al paciente o que a aquéllos se les ignore, cuando por su cercanía al mismo pueden ofrecer datos relevantes para el estudio de la situación.

En segundo lugar no podemos considerar que haya existido una adecuada coordinación interniveles, no sólo por el dato de la falta de comunicación del resultado



preliminar del hemocultivo, sino fundamentalmente por la ausencia de un auténtico seguimiento en el nivel de la atención primaria.

El informe del Area de gestión sanitaria se limita a señalar que después de la primera visita al servicio de urgencias del hospital no llegó a solicitarse la atención domiciliaria al médico de cabecera sino exclusivamente su opinión sobre el diagnóstico efectuado en urgencias y que en ningún caso le llevaron el informe de alta a pesar de permanecer de guardia en el centro de salud toda la tarde. La familia sin embargo alega que tras diversas conversaciones con una administrativa del centro de salud, pudieron hablar con el médico de cabecera, al cual manifestaron el estado de debilidad del paciente, señalando que al requerimiento de que acudieran con el informe de alta, le instaron a que fuera a visitarlo porque a pesar del tratamiento no se producía mejoría. El empeoramiento progresivo y el mal estado de salud que le afectaba, fue según la interesada lo que le motivó a acudir a consulta al día siguiente, aunque por la Administración se señala que la referida debilidad no se llegó a manifestar y que buena prueba de su inexistencia es el hecho del desplazamiento del paciente por sus propios medios. En este punto también se registran importantes discrepancias pues mientras la Administración alude a una consulta para preguntar por los resultados de las pruebas, la interesada pone el acento en que la facultativo ni siquiera miró esta vez al paciente, esgrimiendo que no podía recetarle nada en tanto no se obtuvieran los resultados del hemocultivo.

Con independencia de lo que realmente ocurriera, lo cierto es que en el centro de salud de la localidad tuvieron conocimiento de la comparecencia del interesado en el servicio de urgencias del hospital y el diagnóstico de la misma, sin que se registrase ninguna intervención proactiva de sus profesionales en orden a comprobar su evolución durante esos días. Es más incluso la hermana del paciente en última instancia acudió al domicilio particular del médico de cabecera, con apoyo en la confianza que le daba su condición de médico de cabecera de la familia, después de volver por segunda vez del servicio de urgencias hospitalario y antes de tener que regresar en un espacio de seis horas, para pedirle que acudiera a visitar al paciente, sin que aquél atendiera tampoco esta petición, alegando que era necesario esperar tres días para que el antibiótico instaurado comenzara a hacer efecto.

Por nuestra parte no hemos podido acceder a protocolos o guías de práctica clínica que ejemplifiquen los parámetros de la actividad asistencial ejercitable en estos casos. En cambio hemos consultado el proceso asistencial integrado de dolor abdominal, el cual tanto en el nivel de atención a urgencias extrahospitalarias (DCCU) como en el de urgencias hospitalarias (SCCCU), ambos utilizados por el hijo de la interesada, se establece una garantía de que al alta del paciente se deben haber realizado todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos adecuados para evitar que reconsulte por el mismo motivo en las 72 horas siguientes con un cuadro de dolor abdominal de carácter grave. En varias ocasiones se alude a la realización de las pruebas complementarias disponibles, aludiendo a analíticas, radiografías y ecografías, para orientar el diagnóstico y valorar la gravedad; mencionándose también la posibilidad de una evaluación ampliada, si después de la inicial no queda suficientemente clara la naturaleza del proceso.

Aparte de la diferente valoración sobre el nivel del dolor, el cual lógicamente se atenúa o desaparece cuando se administra la medicación analgésica, queda constatada la reconsulta reiterada del paciente, el cual en un plazo de ocho días acude a los diversos dispositivos asistenciales en seis ocasiones (tres a los centros de salud, y tres al servicio de

urgencias del hospital) y en todos los casos con los mismos síntomas agravados progresivamente.

Aún incluso si en la consideración de estos episodios por separado no aparecían síntomas suficientes para decretar el ingreso hospitalario, o pensar en apartarse del diagnóstico emitido, ¿no constituía esta reiteración y el mantenimiento de la sintomatología durante tantos días motivo suficiente para al menos ampliar el campo de pruebas diagnósticas a realizar?. Y es que quizás la mera realización de un procedimiento nada invasivo como es la ecografía hubiera permitido alertar sobre otras posibilidades de diagnóstico con tiempo suficiente para intentar otras alternativas terapéuticas.

Por ello, teniendo en cuenta los datos reflejados y los razonamientos expuestos, se formuló a la Gerencia del Área de Gestión Sanitaria la **Recomendación** siguiente:

*“Que en los dispositivos de atención a urgencia y específicamente en el servicio de cuidados críticos y urgencias del hospital se mantenga un alto índice de sospecha ante la posible presencia de enfermedades de naturaleza muy grave, en las que el retraso en el diagnóstico puede resultar fatal, atendiendo fielmente a los protocolos e incluso anticipándose razonablemente a sus pautas, con el despliegue de los medios que se hagan necesarios para alcanzar aquél.*

*Que igualmente se tengan en cuenta las aportaciones del paciente o sus familiares que puedan resultar de interés al proceso asistencial.”*

Recomendación que fue aceptada.

Otro caso de la misma naturaleza lo encontramos en el expediente de **queja 09/5096**. La interesada compareció para darnos cuenta del fallecimiento de su hijo de escasos meses de edad, en un centro hospitalario, después de ser atendido de una manera deficiente, con incidencia significativa en el desenlace.

La interesada nos decía que su hijo padecía hiperinsulinismo, y que esta enfermedad le obligaba a mantener un control constante de los niveles de glucemia, por lo que ante cualquier actuación sanitaria, más aún una intervención quirúrgica, se convertía en un paciente de alto riesgo.

Pues bien por obstrucción del botón de ostomía y tras el intento de cambiarlo en el domicilio, fueron remitidos en ambulancia al servicio de urgencia de un centro hospitalario, pues esta actuación había presentado dificultades y había existido sangrado, por lo que la interesada no tenía seguridad de que aquél estuviera correctamente colocado.

En su primera visita a urgencias, el facultativo que atendió al menor, según señala la interesada, se limitó a realizarle un examen físico, sin darle importancia al sangrado, prescribiendo a continuación “apiretal” y “dalsy”, y procediendo al alta al domicilio.

A altas horas de la madrugada del día siguiente se vieron obligados a volver a urgencias porque el niño estaba muy irritable y vomitaba todo lo que comía. En esta ocasión además del examen físico (palparle el vientre), le hicieron una radiografía, lo que llevó a descubrir que el botón referido estaba mal colocado y toda la alimentación y la medicación recibida a través de la sonda PEG desde el mediodía no había llegado al estómago, sino

que se había alojado fuera del mismo, por lo que se determinó la necesidad de ser intervenido con urgencia para su extracción.

A partir de ese momento, se sucedieron las complicaciones a la hora de cogerle una vía, para lo cual al final fue preciso llevarlo a quirófano, y después de varias horas en las que se sucedieron sus reclamaciones para que fuera requerida la intervención de un endocrino pediátrico, y discusiones sobre los tiempos para la realización de los controles de glucemia, a la entrada en quirófano tuvieron que volver a cogerle la vía porque la anterior no iba bien, por lo que después de invertir en ello otra hora aproximadamente, el niño fue definitivamente intervenido.

Ahora bien ya para entonces había empeorado sobremanera su estado por una hipoglucemia brusca que la interesada había advertido a los profesionales sanitarios en numerosas ocasiones sobre este aspecto, y fundamentalmente por el encharcamiento de los pulmones ocasionado al tragarse el vómito.

Finalmente su hijo fue trasladado a la UCI donde falleció después de varias paradas cardiorrespiratorias.

El informe del hospital relata la asistencia proporcionada al hijo de la interesada los días que acudieron al Servicio de Urgencias. Así respecto de la primera visita a urgencias se indica que el menor llegó sobre las 14 horas y que el pediatra revisó el botón sin apreciar sangrado externo, valorándose también al paciente por el cirujano pediátrico de guardia que determinó el alta con analgesia habitual y vigilancia en domicilio.

Cuando reingresó con irritabilidad y vómitos, el pediatra de urgencias diagnosticó abdomen agudo, por lo que avisó al cirujano pediátrico de guardia, que ingresó al niño iniciando tratamiento con suero y antimicrobianos. Por la dificultad de canalización de una vía venosa, maniobra que también se intentó sin éxito por el anestesista de guardia, fue necesario trasladarlo al quirófano, en el que se consiguió canalizar la vena femoral derecha sobre las 8.15 horas.

A la entrada en quirófano se tuvo que realizar una nueva canalización por disfunción de la anterior, para lo que se lleva a cabo sedación con mascarilla facial, produciéndose regurgitación gástrica, tras lo cual se procedió a intubación y conexión a ventilación mecánica, originándose previsiblemente aspiración del contenido gástrico.

Finalizada la canalización de la vía mediante venotomía abierta, se procedió mediante laparoscopia a recolocar el botón de gastrostomía, además de lavado y aspiración del líquido peritoneal, tras lo cual se trasladó a la UCI donde fallece a las tres horas, por la existencia de una *“hipoxemia extrema mantenida y refractaria a la ventilación mecánica, taquicardia sostenida y mantenimiento de la tensión arterial y la diuresis”*, figurando en el informe de exitus como causa principal de la muerte el fallo respiratorio agudo por aspiración masiva, e intermedia, la de perforación gástrica por gastrostomía con abdomen agudo y peritonitis.

En síntesis las reclamaciones que motivan la queja se centran en la falta de preparación y desconocimiento de los profesionales que atendieron al hijo, de las necesidades que entraña el manejo de un paciente con hiperinsulinismo recogidas en los protocolos de actuación que existen; la deficiente atención en la primera visita a urgencias, puesto que de haberse acertado en el diagnóstico de la situación se podían haber evitado

muchas de las complicaciones que se sucedieron; y la demora de varias horas en la práctica de una intervención que se había considerado urgente.

Por su parte el hospital reconoce que el abordaje de este tipo de pacientes es *“extremadamente complejo”*, pero afirma que la atención a la enfermedad de base *“no provocó daño alguno”*, y por lo tanto no incidió en el desenlace, el cual vino motivado por las complicaciones surgidas, principalmente la aspiración masiva del contenido gástrico que causó el fallo respiratorio.

Desde la perspectiva de esta Institución, y por lo que se refiere a la comparecencia inicial en el servicio de urgencias, aparece con claridad un error de los facultativos intervinientes a la hora de detectar la mala colocación del botón de gastrostomía y las consecuencias que estaba provocando. A este respecto cabe preguntarse si en esta situación fueron suficientes las maniobras exploratorias realizadas por los profesionales de guardia, o tal y como se llevó a cabo tras la nueva comparecencia en el servicio de urgencias a las pocas horas, se imponía la práctica de una radiografía que hubiese anticipado el diagnóstico. Ya en el mero plano hipotético nos podíamos cuestionar si esta circunstancia hubiera podido evitar complicaciones posteriores, pues singularmente se habría detenido la toma de alimentación por esta vía disminuyendo el vertido de sustancias alimenticias fuera del estómago.

Sin conocer los protocolos habituales en estos casos, nos interesa llamar la atención en este punto sobre la responsabilidad que se hace recaer en los cuidadores (en este caso los padres) para proceder al cambio del botón de la gastrostomía, cuya maniobra sin bien pudiera parecer simple, puede tener consecuencias graves si no se hace adecuadamente. Entendemos por tanto que una delegación de funciones en quienes habitualmente carecen de conocimientos sanitarios específicos, más que un mero entrenamiento sobre el particular, debe acompañarse de un apoyo completo y absoluto de los distintos dispositivos sanitarios, tanto de atención primaria como de la asistencia especializada, en el que las dudas que pudieran existir en cuanto a su correcta realización, se solventen con los medios idóneos para ello.

En este caso no podemos obviar que el paciente fue derivado en ambulancia al servicio de urgencias del centro hospitalario, por lo que los dispositivos de atención primaria o los de urgencia extrahospitalaria a los que acudiera en primer lugar, consideraron que la situación excedía de sus posibilidades de actuación y que era lo suficientemente urgente como para prescribir el desplazamiento del menor en un medio de transporte sanitario.

En segundo lugar el informe del hospital descarta la incidencia del hiperinsulinismo y el tratamiento del mismo en la evolución de los acontecimientos, y de hecho la causa principal de la dolencia se relaciona con una complicación previa a la intervención. Pero según manifiesta la interesada se produjeron oscilaciones importantes en los niveles de glucemia y de hecho se produjo un pico en la misma a la entrada en quirófano, al que siguió una hipoglucemia brusca, cuyo eventual acaecimiento fue advertido al parecer por los propios padres. La interesada cuenta que a la hora de entrar su hijo al quirófano un médico intensivista les informó de que aún no se había iniciado la intervención por la necesidad impuesta de cogerle otra vía, pero sobre todo les alertó de la gravedad del estado de su hijo ante la aparición de una hipoglucemia muy brusca.

Por otro lado desconocemos cuál es la probabilidad de riesgo de que se produzcan complicaciones tan graves como la que determinó el fallecimiento del hijo.

Suponemos que en las intervenciones programadas se elimina el mismo por el mantenimiento de un estado de ayuno alimenticio el tiempo recomendado previo a la aplicación de la anestesia. Nos cuestionamos sin embargo por la posibilidad de haber efectuado actuaciones preventivas (¿lavado gástrico?) que son propias de las intervenciones urgentes, sobre todo cuando en este caso a pesar de la urgencia determinada transcurrieron varias horas desde la llegada del menor al hospital y la prescripción quirúrgica, hasta que aquélla se llevó a cabo definitivamente.

En resumidas cuentas, que si bien la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz carece de instrumentos adecuados para poder valorar si las actuaciones denunciadas por el interesado entrañan una mala praxis, ello no nos impide sin embargo detectar elementos de duda que a nuestro entender reclaman una investigación más profunda, y un dictamen profesionalizado sobre la intervención que resultaba exigible en este caso conforme a la “lex artis” que permita efectuar con posterioridad un ejercicio de comparación y en definitiva determinar sobre la adecuación o inadecuación a aquélla del proceso asistencial en su conjunto, lo que conduciría a dictaminar definitivamente sobre la antijuridicidad del daño y en su caso la existencia de una relación de causa-efecto entre este último y la acción/omisión administrativa.

Por otro lado nuestra experiencia también nos demuestra que el denominado expediente de responsabilidad patrimonial, cuya función resarcitoria no es pretendida en muchos casos por pacientes y familiares afectados por presuntas negligencias sanitarias, constituye sin embargo el mecanismo idóneo para dilucidar la asistencia sanitaria, pues permite aglutinar la documentación clínica de distintos centros, y realizar el peritaje médico cualificado al que antes aludíamos, así como contrastar esta información a través del preceptivo trámite de audiencia, introduciendo la posibilidad de aportar otras valoraciones, para finalmente resolver como mejor proceda en derecho, sin perjuicio de las posibilidades de recurso ulterior.

De ahí que teniendo en cuenta lo expuesto esta Institución formuló a la Dirección Gerencia del hospital la siguiente **Recomendación**:

*“Que se promueva ante la Dirección Gerencia del SAS la incoación de expediente de responsabilidad patrimonial por los hechos denunciados por la interesada”.*

Recomendación que fue aceptada por el centro hospitalario.

Por último, en el expediente de **queja 10/2768** el interesado cuestionaba la asistencia sanitaria proporcionada a su hijo (de 20 años) en el servicio de urgencias de un centro hospitalario, por estimar que las anomalías de la misma incidieron de forma manifiesta en el fallecimiento de aquél.

Dicho cuestionamiento nos obliga a realizar un breve resumen del recorrido asistencial que se inició a raíz del dolor en la pierna derecha, a la altura de la ingle, acudiendo al centro de salud (trasladado en coche), donde le fue diagnosticada una tendinitis, para la cual le prescribieron antiinflamatorios y analgésicos. Tras dos tomas sin que el dolor cesara, acudió esa misma madrugada al servicio de urgencias del ambulatorio, en el que tras un exhaustivo examen, se descartó la tendinitis y se diagnosticó sospecha de trombosis venosa profunda, con derivación al servicio de urgencias del centro hospitalario.



Continúa el reclamante señalando que a pesar de dicho diagnóstico de derivación, en el hospital no le realizaron ninguna prueba adicional (eco doppler) que hubiera permitido precisar el diagnóstico y adoptar medidas terapéuticas en consecuencia, limitándose a señalar que su hijo padecía una contractura muscular en los abductores, tras lo cual retornó a su domicilio.

Como los dolores continuaban sin remitir acudió de nuevo a las urgencias del hospital sobre el mediodía, alertando a la facultativo que le atendió del diagnóstico de sospecha referido, pero igualmente salió del hospital con el diagnóstico de tendinitis.

Al día siguiente, ante la persistencia del dolor el interesado se desplazó de nuevo al ambulatorio, requiriendo atención domiciliaria para su hijo, pero el facultativo continuó también en este caso ignorando los informes médicos anteriores y volvió a señalar que el paciente estaba afectado por una tendinitis, sugiriendo que acudieran al médico de atención primaria para que recetara inyectables de la medicación indicada, dada su acción más rápida y efectiva, a lo que se negó argumentando que los inyectables sólo se prescriben en los servicios de urgencia, y propugnado la aplicación de una dosis doble de los antiinflamatorios prescritos anteriormente. Al día siguiente empezó a presentar síntomas de cansancio, y dificultad respiratoria así como un fuerte dolor en el pecho, decidiendo llevarlo de nuevo al servicio de urgencias, donde empezaron a indicarle la realización de pruebas (electro, analítica, radiografía,...) y adoptar medidas (heparina, pastilla bajo la lengua, oxígeno,...), a pesar de lo cual, según manifiesta el interesado, tardaron cuatro horas en los resultados de la analítica, siendo derivado a observación de urgencias y posteriormente a la UCI, produciéndose el fallecimiento cuatro días después.

El informe del hospital enumera las pautas de actuación adoptadas en cada una de las comparecencias que en la primera ocasión, remitido para evaluación sin que se detectaran signos inflamatorios locales (rubor, aumento del perímetro de la pierna,...) y los pulsos femorales eran simétricos, por lo que se mantuvo el mismo criterio de diagnóstico de contractura de los abductores.

Relata también el informe la sintomatología que presentaba el paciente cuando acudió tres días más tarde, describiendo el estado que presentaba y los resultados analíticos. De acuerdo a los datos obtenidos se administró perfusión salina, enoxaparina y orfidal junto a oxigenoterapia, realizándose estudios de imagen que determinaron la afectación por tromboembolismo pulmonar masivo. En este punto y a pesar del tratamiento instaurado, descartada la posibilidad de intervención quirúrgica, el paciente evolucionó mal de manera rápida hasta su fallecimiento por fracaso multiorgánico con síndrome de Distress respiratorio del adulto.

Considera el hospital que se desencadenó un proceso rápido y fatal de tromboembolismo pulmonar en una persona joven sin antecedentes, que no presentó signos exploratorios locales de patología vascular y/o inflamatoria, ni signos de enfermedad asociados, aunque no descartan una alteración de la coagulación o circulatoria inicial subyacente, por lo que la intervención de los profesionales del servicio de urgencias se ciñó a la sintomatología que presentaba el paciente, no evidenciándose en las consultas iniciales signos de la trombosis venosa profunda que realmente padecía. De ahí que el tromboembolismo pulmonar que se desencadenó como consecuencia de aquélla, no se detectara hasta que aparecieran otras señales de alarma mucho más llamativas para la expresión de una dolencia grave.

Ciertamente el proceso de la enfermedad se desarrolló en un espacio corto de tiempo, apenas una semana, y en cuanto a los síntomas característicos de la TVP (hinchazón, enrojecimiento de la piel, calor alrededor de la zona afectada,...) parece ser que el paciente sólo presentaba el dolor intenso a la palpación profunda, a nivel de la ingle derecha, que empeoraba con determinadas maniobras.

Ahora bien a nuestro modo de ver se dieron circunstancias que debieron ser tenidas en consideración por los profesionales que atendieron al paciente. Así por un lado la intensidad del dolor y el hecho de que el mismo no cedía con el tratamiento instaurado, el cual se prescribió desde la primera consulta en el centro de salud. A resultados del mismo se produce en segundo lugar la reiteración de la demanda de atención. Así nos encontramos con que una persona joven y sana consulta en múltiples ocasiones en muy poco tiempo por un mismo motivo. No es posible obviar que antes de la primera visita al servicio de urgencias hospitalario, el paciente acudió a su médico de atención primaria, y a un dispositivo de urgencias extrahospitalarias, y que entre la segunda y tercera visitas al hospital, recurrió de nuevo a ambas instancias sanitarias. El tercer elemento que debemos destacar es que la comparecencia en urgencias hospitalarias del paciente se debió precisamente a la recomendación realizada por el profesional que le atendió en el dispositivo de urgencias extrahospitalarias del ambulatorio, lo cual lógicamente cualifica la personación de aquél. Y en cuarto lugar lo que significativamente llama la atención es que en este dispositivo sí se sospechó de la dolencia que realmente afectaba al paciente y este criterio no se tuvo en cuenta.

La continuidad asistencial, sobre todo en el ámbito de la atención a urgencias, descansa sobre la base de un correcto engranaje de los dispositivos sanitarios, tanto en atención primaria como en urgencias extrahospitalarias y en las de los propios hospitales. Asistimos sin embargo en muchas ocasiones a la ruptura de dicha continuidad por motivos diversos, pues no resulta extraño que unos profesionales obvien las apreciaciones previas de otros, o que ignoren las comparecencias anteriores en otros dispositivos, o incluso en el mismo al que el paciente acude sucesivamente, lo que sin duda resta elementos de singular relevancia a la hora de efectuar una valoración, sobre todo en los casos en los que cobra importancia el análisis del proceso evolutivo de la dolencia en cuestión.

Ya cuando el paciente acudió por tercera vez al servicio de urgencias hospitalario, se llevan a cabo diversas pruebas y a la aplicación de medidas terapéuticas, si bien los antecedentes registrados continúan sin inspirar el diagnóstico definitivo ante la permanente ausencia de signos de TVP, por lo que no es sino cuando se obtienen los resultados más significativos (coagulación, Dímero D) de la analítica (aparecen registrados en el visor clínico tres horas más tarde), a la par que se presenta disminución de la tensión arterial que precisa maniobras para su estabilización, que se decide la práctica de pruebas de imagen, singularmente angioTac, pasando a la UCI a la mañana del día siguiente de este último ingreso.

Realmente las pautas de actuación reflejadas no se apartan en principio de las previstas comúnmente para los Procesos Asistenciales Integrados relacionados con el dolor torácico, y es posible que la aplicación de los criterios previstos en los anexos I y II del Proceso relativo al Tromboembolismo Pulmonar no arrojara un índice de probabilidad elevado para la sospecha de dicha patología. Pero los datos del proceso asistencial previo, por muy corto que este fuera, demandaban una consideración específica por quienes atendieron al paciente en el hospital. Hay que tener en cuenta que, tal y como advierte el referido documento de Proceso Asistencial, dada la gran variedad de formas de

presentación clínica del tromboembolismo pulmonar, se requiere un alto índice de sospecha para establecer un diagnóstico rápido y exacto, a lo que se añade la afirmación de que en el 90% de los casos de TEP se origina en el sistema venoso de las extremidades inferiores, por lo que se termina considerando la TVP y el TEP como parte de un mismo proceso patológico: la enfermedad tromboembólica venosa.

De manera negligente o no, no cabe duda que se diagnosticó erróneamente la dolencia que presentaba el interesado (tendinitis, contractura muscular) y que sólo se alcanzó un diagnóstico correcto cuando aquélla evolucionó a un estadio mucho más grave, del cual el paciente no pudo recuperarse. Resulta también evidente que un diagnóstico precoz de la patología que afectaba a la pierna hubiera permitido la adopción de medidas terapéuticas con prontitud, que al menos hubieran incidido significativamente en la disminución de los riesgos para la aparición de la grave complicación que después se presentó.

Aún partiendo de que la patología detectada presenta un diagnóstico difícil y que la sintomatología es escasa, en este caso se han presentado indicios que deberían haber sido interpretados, al menos para incrementar el esfuerzo, intensificando la vigilancia sobre el paciente y ampliando el espectro de pruebas a realizar. Y es que ¿no constituían la intensidad del dolor que no cesa con el tratamiento, la reiteración de la demanda de asistencia en un corto espacio de tiempo, la derivación desde urgencias extrahospitalarias, y el diagnóstico de sospecha de TVP en este último ámbito, motivo suficiente para al menos ampliar el campo de pruebas diagnósticas a realizar?. Sin duda la mera realización de un procedimiento nada invasivo como es la ecografía doppler hubiera permitido alertar sobre otras posibilidades de diagnóstico con tiempo suficiente para intentar otras alternativas terapéuticas.

No resulta infrecuente que los profesionales de un servicio de urgencias hospitalario se vean obligados a atender durante sus jornadas de guardia a un elevado número de pacientes con patologías banales, o que en otros muchos casos este dispositivo constituya la puerta de entrada al sistema de quien no puede o no quiere esperar los plazos que impone la dinámica de funcionamiento del mismo. Dejando aparte los cuestionamientos que nos puedan generar estas situaciones, lo que sin duda cabe esperar de un servicio de cuidados críticos y urgencias hospitalario es que atienda urgencias de suma gravedad.

Es verdad que algunas requieren de un alto índice de sospecha para el establecimiento de un diagnóstico rápido y acertado. Sin embargo estimamos que este riesgo potencial de atención primera de patologías de alta gravedad debe repercutir en que los servicios de urgencias hospitalarios mantengan un prius de anticipación en cuanto a su diagnóstico, incrementándose la disponibilidad para la realización de las pruebas diagnósticas que se hagan precisas si existen dudas. Entendemos que es preciso romper la inercia de actuación de muchos centros, para conseguir una alerta generalizada en orden al diagnóstico de afecciones infrecuentes a la par que muy graves, tratando de evitar que su descubrimiento obedezca en muchos casos a una mera cuestión de azar, en el que intervienen variables diversas.

En otro orden de cosas ciertamente el error de diagnóstico no implica en sí responsabilidad, pues la obligación médica es de medios y lo que resulta exigible es la diligencia en cuanto a los empleados para la curación con arreglo a la *lex artis ad hoc*, de modo que cuando se aplican las medidas oportunas para el diagnóstico y tratamiento,



practicándose las pruebas oportunas, la orientación del diagnóstico a un juicio no acertado no implica responsabilidad.

La Jurisprudencia de los tribunales dice que tanto la actividad de diagnosticar como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateos de medios y esfuerzos, ya que la importancia de la salud humana así lo requiere, circunscribiendo la responsabilidad para aquéllas conductas en las que se da omisión, negligencia, irreflexión, precipitación e incluso rutina, que causen resultados nocivos.

La “lex artis” es el parámetro que posibilita determinar la corrección de la actuación administrativa a la que se imputa el daño, permitiendo diferenciar los supuestos en los que el resultado dañoso se puede ligar a la actividad administrativa, de aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los supuestos.

Dicho criterio sirve para determinar la medida de exigibilidad que se constituye en el patrón comparativo de las actuaciones de los sanitarios, es el criterio valorativo de la corrección del acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, que tiene en cuenta las específicas características de su autor, de la profesión, la complejidad del acto y la trascendencia vital para el paciente, y en su caso la influencia de factores endógenos, estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal empleada.

Con esta óptica de actuación la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz carece de instrumentos adecuados para poder valorar si las actuaciones en el caso entrañan una mala praxis, pero ello no nos impide considerar sin embargo la presencia de indicios que a nuestro entender reclaman una investigación más profunda, y un dictamen profesionalizado sobre la intervención que resultaba exigible en este caso conforme a la “lex artis” que permita efectuar con posterioridad un ejercicio de comparación y en definitiva determinar sobre la adecuación o inadecuación a aquélla del proceso asistencial en su conjunto, lo que conduciría a dictaminar definitivamente sobre la antijuridicidad del daño y en su caso la existencia de una relación de causa-efecto entre este último y la omisión administrativa.

Por otro lado nuestra experiencia también nos demuestra que el denominado expediente de responsabilidad patrimonial, cuya función resarcitoria no es pretendida en muchos casos por pacientes y familiares afectados por presuntas negligencias sanitarias, constituye sin embargo el mecanismo idóneo para dilucidar la asistencia sanitaria, pues permite aglutinar la documentación clínica de distintos centros, y realizar el peritaje médico cualificado al que antes aludíamos, así como contrastar esta información a través del preceptivo trámite de audiencia, introduciendo la posibilidad de aportar otras valoraciones, para finalmente resolver como mejor proceda en derecho, sin perjuicio de las posibilidades de recurso ulterior.

Así pues, teniendo en cuenta los datos reflejados y los razonamientos expuestos, formulamos a la Dirección Gerencia del hospital la **Recomendación** siguiente:

*“Que en el servicio de cuidados críticos y urgencias de ese hospital se mantenga un alto índice de sospecha ante la posible presencia de enfermedades de naturaleza muy grave, en las que el retraso en el diagnóstico*

*puede resultar fatal, atendiendo fielmente a los protocolos e incluso anticipándose razonablemente a sus pautas, con el despliegue de los medios que se hagan necesarios para alcanzar aquél.*

*Que en el caso de que no se haya planteado por el interesado, se promueva ante la Dirección Gerencia del SAS la incoación de expediente de responsabilidad patrimonial por los hechos denunciados por el mismo”.*

Recomendación que al día de la fecha esta pendiente de respuesta.

#### 2. 1. 4. Derecho a la protección de la salud de los enfermos mentales.

Un perfil de enfermo se consolida en las constantes quejas sobre salud mental, y es la de aquellos afectados por la denominada “patología dual” o de comorbilidad psiquiátrica, en la que en un mismo enfermo concurren un trastorno psiquiátrico con otro de consumo de sustancias, circunstancias que acrecientan la gravedad de su abordaje desde una perspectiva clínica y social. Como trasfondo de esta problemática asistencial (que requiere una adecuada coordinación entre los dispositivos de salud mental y drogodependencia –unidades de desintoxicación y servicios sociales-), la constante de una situación sociofamiliar insostenible que nos trasladan sus familiares y allegados, sin hurtarnos su crudeza.

Durante la instrucción de estos expedientes de queja tuvimos conocimiento de la creación de un Grupo de Trabajo para elaborar un protocolo de coordinación entre el ámbito de la Salud Mental y el de la atención a la Drogodependencia y Adicciones.

Así en el expediente de **queja 09/4981** acudió a esta Institución la interesada exponiéndonos la problemática familiar que vienen soportando desde hace muchos años como consecuencia de la enfermedad mental de su hermano.

En este sentido nos relataba que su hermano esta diagnosticado de esquizofrenia indiferenciada, así como una adicción alcohólica crónica, lo que le lleva a desarrollar conductas agresivas en su entorno familiar y social dada su permanente descompensación psicopatológica, todo ello en un contexto de múltiples ingresos en dispositivos de atención mental y de desintoxicación, en los que tras un breve ingreso y el posterior abandono de las terapias y tratamientos prescritos, vuelve a reiterar las conductas descritas.

Admitida a trámite la queja, por la Unidad de Salud Mental Comunitaria de referencia se nos informa que *“el paciente ha sido ingresado en diversas comunidades terapéuticas para el tratamiento de su alcoholismo. Durante estos ingresos el paciente ha mantenido la abstinencia alcohólica, se ha mostrado colaborador en el centro y no ha sufrido alteración de conducta alguna. En todos los casos el paciente, después de meses de tratamiento en el centro de deshabitación alcohólica, ha abandonado de forma voluntaria el internamiento, sin completar el tratamiento propuesto. En los últimos meses, hasta el ingreso en el centro de desintoxicación en el que permanece actualmente, el tratamiento que ha recibido en este ESMC ha sido fundamentalmente con antipsicóticos que se administran de forma intramuscular cada dos semanas, con adecuado cumplimiento y buena respuesta terapéutica.”*

En el mismo sentido se manifiestan los informes clínicos de su Psiquiatra y Hospital de referencia, ganándonos la impresión de que los distintos abordajes llevados a cabo desde los distintos dispositivos de salud mental y drogodependencias culminan con un alta y seguimiento ambulatorio que, a fin de cuentas deja en manos del propio enfermo el cumplimiento de las prescripciones y tratamientos, que no sigue y que rápidamente le devuelve a descompensaciones y situaciones de riesgo para el propio enfermo y su entorno, tal y como nos expresan detalladamente los familiares y los informes clínicos, sociales y judiciales que se incorporan al expediente de queja.

Nuestra experiencia en la dinámica de estos casos, en los que coexiste una patología psiquiátrica junto a adicciones, nos demuestra la importancia de la continuidad e integridad de los abordajes desde los distintos recursos públicos implicados, que aquí se circunscriben a los de salud mental y a los de atención a las adicciones, necesidad que se ha de plasmar en el plan individual de tratamiento (PIT) que ha de llevarse a cabo tal y como se recomienda en el vigente Plan Andaluz de Salud Mental y en el proceso asistencial integrado relativo a los trastornos mentales graves, como es el caso planteado.

La circunstancia de que el interesado se encontrara ingresado en un centro de desintoxicación aconsejaba que con anterioridad al alta del mismo, desde su ESMC de referencia se elaborara una estrategia para, en su caso, dar continuidad a la atención que precisara este enfermo, toda vez que en todos los casos anteriores se demostró el absoluto fracaso que supone el mero seguimiento ambulatorio sin más, que en la práctica no es tal seguimiento. En este sentido el Decreto 77/2008, de 4 de Marzo, de ordenación administrativa y funcional de los servicios de salud mental, dispone como uno de los objetivos de esta red *“garantizar la continuidad de la atención sanitaria, de cuidados y el apoyo a la integración social, mediante programas transversales de coordinación de los dispositivos de atención a la salud mental con otras instituciones y dispositivos no sanitarios implicados en la atención comunitaria a la salud mental”*.

Por lo anteriormente expuesto, se formuló a la Coordinación de ESMC la siguiente **Recomendación** (aún pendiente de respuesta):

*“Que previa la valoración del enfermo se diseñe una estrategia de intervención que incorpore un plan individualizado de tratamiento a llevar a cabo con carácter inmediato al alta del mismo del centro de desintoxicación”*.

Otro caso similar lo tenemos en el expediente de **queja 09/5723** en la que el interesado nos exponía la situación de desasistencia y exclusión en que se desenvolvía la vida de un enfermo mental sobre el que venía ejerciendo cuidados informales, acogiéndolo esporádicamente en su domicilio hasta que la convivencia devino insostenible como consecuencia de los trastornos mentales de este.

Admitida a trámite la queja y recabados informes de diversas Instituciones y organismos (USMC, UHSM del Hospital Clínico, AFESOL y Delegación Municipal de Servicios Sociales, entre otros) podemos sistematizar la situación de este enfermo en los siguientes términos:

El enfermo, de mediana edad, solo tenía como únicos familiares directos su madre y hermana que residen en otra localidad y reniegan, a sus pesares, de su persona por los muchos sufrimientos y percances a que las ha sometido antaño, todo como consecuencia de su patología dual (diagnóstico de esquizofrenia paranoide y consumo de

tóxicos, ambos de años de evolución y con escasa adherencia a los tratamientos) y a la vida marginal con que se conduce o le conduce su enfermedad desde hace mucho tiempo.

En el largo discurrir de su existencia y enfermedad el afectado ha pasado por todo tipo de recursos, desde los propiamente de salud mental, de atención a las drogodependencias, sociales, en prisión, y también con la atención de AFESOL y la del propio cuidador que, en la medida que este lo aceptaba, que como se ha dicho, lo acogía en su domicilio por caridad, ante el lamentable estado físico y psíquico en que lo encontraba en su deambular callejero, que bien describe en el escrito de queja *“vaga errante por las calles, sin techo, sin familia, a solas con su enfermedad”*.

Tras el último ingreso en la unidad de agudos del Hospital Clínico se nos traslada la dramática situación que brevemente describimos, en orden a que por esta Institución se intentara ejercer la tutela del derecho a la asistencia de este enfermo que, por razones de todo tipo (desde las de inadecuación de los recursos sanitarios y sociales para tan complejo perfil como por la escasa o nula colaboración del enfermo, pasando por la carencia de soporte familiar y ahora de su cuidador informal), que irremediamente le hace retornar a una vida errática y marginal en la calle, con absoluto abandono de todo y de todos, hasta que un nuevo brote o altercado lo conduzca, en el mejor de los casos, a la citada unidad de psiquiatría hospitalaria.

Tras el último alta hospitalaria, por el Dr. de la UGC Salud Mental se nos informa que, en el último ingreso la USMC le había suministrado neuroléptico depot retardado no aceptando el enfermo ningún tipo de ayuda social o médica, conjunto de circunstancias que aconsejaron trasladar a la Fiscalía todo lo actuado en orden a promover la incapacitación y tutela del mismo. Igualmente se nos informaba que desde el año 2006 por la USMC se ha propuesto la derivación a recurso residencial de FAISEM sin que hasta el momento se llevara a término la misma.

Esta Defensoría, como Comisionada parlamentaria en defensa de los derechos de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones públicas, resulta obligada a hacer un recordatorio del derecho constitucional a la salud (art. 41), con las matizaciones que el ordenamiento hace en relación a la salud mental (Ley General de Sanidad de 1985 y Ley de Salud de Andalucía de 1998), así como la normativa específica a la salud mental en Andalucía (Decreto 77/2008, de 4 de Marzo, de ordenación de los servicios de salud mental en Andalucía), sin olvidar los documentos de planeamiento general, planes integrales de salud mental (2008-2013) y los procesos asistenciales integrados referidos a estas patologías, entre otros muchos, en los que se viene no sólo a exponer los distintos programas y la variedad de recursos sanitarios y sociales que componen la red de salud mental en Andalucía, sino la necesidad de que todos estos actúen de una forma integrada y continuada, en base a un plan individualizado de tratamiento de referente comunitario, todo ello en orden a hacer efectivo su derecho a la salud como también su propia dignidad, claramente afectada con el estado que se nos describe en los distintos informes.

Y es que, las distintas actuaciones que se han llevado a cabo por los citados estamentos evidencian que las mismas, durante dos décadas, lo han sido sin que al parezcan responder a una previa estrategia de abordaje, de tal manera que ni han tenido el carácter de integridad y continuidad, como tampoco coordinada desde las distintas instancias y niveles, con el resultado previsible que detallan los informes que aquí referimos, un esfuerzo público tan inútil como frustrante y con un único perjudicado, sin olvidar su

entorno familiar y allegados, literalmente agotados por las continuas recaídas y trastornos de este.

Llegados a este punto, desde la perspectiva del derecho a vivir en dignidad y con el máximo de bienestar posible para este enfermo desahuciado, no puede dejarse al solo albedrío de este (que ni reconoce su enfermedad ni se adhiere a los tratamientos que se le prescriben a su favor) la atención que merece, sin que desde los dispositivos públicos de salud mental y servicios sociales se adopte una estrategia liderada y coordinada desde salud mental.

Por todo ello, esta Institución formuló a la Dirección de la Unidad de Gestión Clínica la siguiente **Recomendación**:

*“Que se designe un facultativo referente que diseñe un plan individualizado de tratamiento, en el que intervengan los distintos recursos sanitarios y sociales que se precisen a esta finalidad.*

*Que en tanto persistan las circunstancias de abandono y desatención que se citan, se promueva una medida cautelar de ingreso en un dispositivo de media - larga estancia, o cualquier otra que evite un deterioro mayor de su estado de salud”.*

Recomendación que finalmente fue aceptada por la referida Unidad Clínica.

Por último, en el expediente de **queja 10/215** acudió a esta Institución la interesada exponiéndonos la desasistencia que viene soportando su hijo, como el resto del entorno familiar y social, como consecuencia de su enfermedad.

En este sentido nos describe la realidad que la rodea en los siguientes términos:

*“Mi hijo, desde hace diez años, debido a una condena que cumplió por una agresión agravado por su adicción a las drogas y se encuentra en tratamientos con fármacos (...). Durante el tiempo que permanece recibiendo dicho tratamiento se muestra y comporta como una persona normal pero el problema comienza realmente cuando abandona esta medicación, tomándola conmigo y volviéndose insostenible la convivencia familiar rompiéndose así la armonía del hogar. Este suceso se repite continuamente y como digo, ya fui agredida en una ocasión y consecuencia de ello se le dictó una orden judicial de alejamiento, sin que por mi parte pueda ayudarle aunque quisiera (...).”*

Por la USMC de referencia, se nos argumenta que en el breve periodo que el enfermo ha sido atendido en dicho equipo (apenas dos años en los últimos diez años), se han contabilizado una decena de ingresos hospitalarios, añadiendo: *“El paciente acude por primera vez a nuestro servicio en 1999, tras haber sido alta hospitalaria en la Unidad de Salud Mental, donde fue diagnosticado de trastorno esquizoafectivo, trastorno disocial de personalidad, soporte familiar inadecuado, síndrome dependencia politóxicos y parasuicidio. Estuvo en seguimiento periódico de control psicofarmacológico hasta 2001, año en el que acudió por última vez. En abril de 2001, ante la ausencia a la cita, se realizó visita domiciliaria, comentando la familia que estaba ingresado en un centro de desintoxicación”.*



De la información aportada se deduce que tras el último alta hospitalaria (Enero de 2008) se realiza un seguimiento mensual hasta mayo de 2008 (cinco meses), en que acude por última vez, ya hace casi dos años, sin que en este largo periodo de tiempo por la USMC de referencia se haya llevado actuación alguna, aspecto que contrasta con las actuaciones precedentes descritas (en las que tras una inasistencia a una cita se le gira una visita domiciliaria), máxime teniendo en cuenta la gravedad de las patologías diagnosticadas sobre este enfermo así como los agravantes conductuales que se describen.

Esta Institución es consciente de la dificultad que plantea la continuidad de la asistencia en estos enfermos (patología dual, falta de reconocimiento de la enfermedad, no adherencia a los tratamientos prescritos, etc.), pero en modo alguno este conjunto de factores, desgraciadamente con una presencia muy significativa en estos perfiles, puede conducir a la desasistencia que aquí se denuncia, y que el informe administrativo confirma en lo que se refiere, al menos, a los dos últimos años.

La continuidad asistencial que se predica en la normativa reguladora de la salud mental, y en este sentido el Decreto 77/2008, de 4 de Marzo, de ordenación de la Salud Mental en Andalucía, señala en su art. 2 como uno de los objetivos de este sistema «garantizar la continuidad asistencial de la atención sanitaria, de cuidados y el apoyo a la integración social, mediante programas transversales de coordinación de los dispositivos de atención a la salud mental con otras instituciones y dispositivos implicados en la atención comunitaria a la salud mental.», y en el art. 5.2 las funciones de las USMC, entre las que se encuentran las de, aparte de prestar la atención integral, la de garantizar la continuidad asistencial y de cuidados con otros dispositivos asistenciales.

Esta continuidad asistencial pasa porque desde esa USMC, en coordinación con los servicios sociales y cualesquiera otros que se consideren necesarios, se intente un contacto con este enfermo (que bien podría llevarse a cabo desde la enfermería de enlace), en orden a evaluar su estado y estrategia a desarrollar en relación a la salud y bienestar del mismo.

Por lo anteriormente expuesto, esta Institución formuló a la Coordinación de la USMC la siguiente **Recomendación**:

*“Que previa las actuaciones que se consideren necesarias en orden a evaluar el estado de salud del referido enfermo, se promueva la elaboración de un plan individualizado de tratamiento en el que se contemplen las distintas necesidades del mismo.”*

Recomendación que al día de la fecha aún no ha obtenido respuesta.

#### 2. 1. 5. Urgencias y Emergencias

Como quiera que en el apartado de praxis médica hemos tenido ocasión de conocer algunos supuestos de intervención de las urgencias hospitalarias, interesa aquí destacar un supuesto de funcionamiento de las urgencias de atención primaria, y más en concreto de la modalidad de urgencia domiciliaria.

Así en el expediente de **queja 09/2628** compareció en esta Institución la interesada para darnos cuenta de lo que entiende como desatención de la demanda de

asistencia sanitaria que realizó telefónicamente, tras presentar durante todo el día síntomas de fiebre elevada, mareos, dolor de cabeza y cuello, falta de fuerzas, convulsiones,...

Según nos cuenta sobre las 21 horas llamó al 061 y únicamente le indicaron que tomara un antipirético y se pusiera paños de agua templada en la frente, así como que darían aviso por la mañana a su médico de cabecera.

La interesada manifiesta que pasó dos días sola sin poder levantarse hasta que como pudo se desplazó a su centro de salud, en el que tras la exploración correspondiente y una tira de orina le recetaron antibióticos, los cuales la hicieron mejorar a los pocos días.

Afirma la reclamante que *“podría haberme ahorrado dos días de angustia e impotencia si me hubieran asistido cuando llamé”*.

Desde la Dirección Provincial del 061 se informa que el centro coordinador de urgencias recibió la referida llamada de la interesada, manifestando aquélla la presencia de los síntomas antes reseñados, aunque en el curso del interrogatorio se aclaró que las convulsiones referidas eran en realidad escalofríos, y se le preguntó por sus antecedentes y por la medicación ingerida. A continuación se puso al frente de la interlocución la médica coordinadora, que juzgó la posibilidad de que estuviera iniciando un proceso infeccioso, y le ofreció consejos sanitarios (toma de líquidos abundantes y antitérmicos orales), insistiendo en el aviso por la mañana a su médico de cabecera para que hiciera el seguimiento de su cuadro clínico. Por último se la emplazó a llamar de nuevo en caso de que su situación empeorara en el transcurso de la noche.

Continúa señalando el informe que a las 22 horas se llamó a la interesada para requerirle información sobre su centro de salud y su médico de atención primaria, interesándose de nuevo por su estado que al parecer se mantenía en parámetros similares a los registrados en la primera llamada.

La demanda de asistencia se clasificó como Prioridad 3 (urgencia demorable) y quedó finalizada con consejo e información sanitaria, siguiendo el protocolo de coordinación de la asistencia extrahospitalaria urgente y emergente del Sistema Sanitario Público de Andalucía. Al mismo tiempo se nos dice que al día siguiente se llamó al centro de salud de la interesada sobre las 8 horas para pasar el aviso al médico de familia.

Por el Centro de Salud se informa que la facultativa correspondiente se puso en contacto telefónico con la interesada a las 9 horas al objeto de evaluar su situación y priorizar la asistencia. Esta última presentaba malestar general con temperatura de 38º, pero sin vómitos, diarrea, tos, expectoración, odinofagia o sintomatología urinaria, por lo que se le requirió para que acudiera al centro de salud al objeto de ser atendida en la consulta que en esos momentos estaba pasando su médica. Ante la no aceptación de esta posibilidad y dada la falta de urgencia de la situación se reiteraron los consejos sanitarios, emplazándola a un nuevo contacto al final de la consulta en el transcurso del cual la facultativa acuerda con la paciente continuar el tratamiento y verla en la consulta al día siguiente.

Por la facultativa se volvió a llamar a la paciente por la tarde, continuando aquélla con malestar general, aunque para entonces ya sólo tenía febrícula y al día siguiente la paciente acudió a la consulta donde tras una exploración minuciosa y una tira de orina que detectó la presencia de leucocitos y sangre, se pautó tratamiento antibiótico, y

puesto que la microhematuria persistía a pesar de un cultivo de orina negativo, se la derivó finalmente a urología.

Pues bien en este punto tanto la Dirección Provincial del 061 como la Dirección del Distrito consideran que sus respectivas actuaciones fueron adecuadas, pues dada la falta de urgencia de la situación se evaluó a la paciente y se llevó a cabo el seguimiento de su estado desde ambas instancias asistenciales, de manera que el diagnóstico posterior acabó confirmando la sospecha diagnóstica del principio.

En varias ocasiones se pronuncian los informes emitidos sobre la falta de carácter urgente de la demanda de asistencia. Conforme al protocolo de coordinación de la atención extrahospitalaria urgente que ya se ha mencionado, corresponde al centro coordinador, tras un pequeño interrogatorio, determinar el orden de prioridad de la asistencia, cuyo nivel indica la rapidez de la respuesta y el tipo de recurso que se va a destinar a la misma.

Por parte del centro coordinador tras evaluar telefónicamente la situación de la interesada se clasificó su demanda con nivel de prioridad 3, es decir como urgencia demorable. Esta última se define como la de los pacientes con sospecha de presentar una urgencia relativa, que por tanto no es subsidiaria de una atención inmediata, pero que ha de ser atendida por el dispositivo de cuidados críticos y urgencias cuando se resuelvan las prioridades anteriores.

En estas situaciones se señala que se recomendara a la paciente que acuda al dispositivo de cuidados críticos y urgencias o al centro de atención primaria más cercano por sus propios medios, pero también se prevé la posibilidad de que se atienda en el domicilio cuando se encuentre imposibilitado para desplazarse o concurren determinadas circunstancias (incapacitados físicos y psíquicos, enfermos mentales, ancianos, y causa social relevante). El médico al que se transfiera la demanda de asistencia, será responsable del caso y decidirá la atención que se preste al paciente.

Por lo que hemos visto hasta ahora en el protocolo de atención extrahospitalaria urgente y emergente que venimos comentando, la asistencia sanitaria que se presta en el domicilio aparece directamente vinculada a la caracterización urgente de la demanda que se realice. Así la comparecencia en el domicilio de los distintos dispositivos previstos a estos efectos aparece clara en los niveles de prioridad más elevados (1 y 2) y se diluye lógicamente en los más bajos (3 y 4) hasta el punto de que impone como regla general en estos últimos la recomendación de acudir al centro de salud más próximo o al dispositivo de urgencias en funcionamiento por sus propios medios. Resulta curioso que tras reconocer la necesidad de prestación sanitaria en el domicilio en el caso de los denominados avisos domiciliarios, después se prevea igualmente dicho emplazamiento a los que requieren esta asistencia para que igualmente acudan por sus medios a los dispositivos más próximos.

Existen sin embargo preceptos incluidos en normas fundamentales del funcionamiento del sistema sanitario público andaluz, en los que la asistencia domiciliaria se contempla desde una perspectiva mucho más general.

En este sentido, tanto la ley de salud de Andalucía, como el Decreto por el que se regula la estructura, organización y funcionamiento de los servicios de atención primaria en el ámbito del SAS, configuran la asistencia domiciliaria como una modalidad más de asistencia de atención primaria, que participa de la finalidad global de esta última de



umentar la accesibilidad de la población a los servicios. En estos términos se pronuncia el art. 52.3 de la Ley 2/98 de 15 de Junio, de Salud de Andalucía, y así se configura como función de las unidades de gestión clínica en el art. 24 del Decreto 197/2007, de 3 de Julio: «Son funciones de la unidad de gestión clínica... prestar asistencia sanitaria en régimen ambulatorio, domiciliario y de urgencias a la población adscrita a la unidad...».

La regulación que antes incidía en la organización y funcionamiento de los centros de atención primaria en Andalucía (Orden de 2 de Septiembre de 1985) contemplaba incluso el tramo de jornada (25%) que había de dedicarse a los avisos domiciliarios (junto a actividades de promoción de la salud).

Sin embargo en la actualidad asistimos a una sustancial limitación de esta modalidad asistencial, que quizás ha de entenderse paralela al incremento de la problemática que subyace a las estructuras de atención primaria tras la reconversión desde el antiguo sistema de cupo, en la que destaca sin duda la masificación de las consultas. No resulta extraño que ante la presión asistencial que padecen, los facultativos de atención primaria sean reacios a desplazarse al domicilio de los pacientes cuando son requeridos para ello, salvo en los casos en los que se considere estrictamente indispensable.

Ahora bien en esta Institución estimamos que además de la razón de urgencia, existe otra causa objetivable para la atención domiciliaria que debe entenderse con independencia de aquélla, aunque a veces juegue en combinación con la anterior, que es la imposibilidad para desplazarse al dispositivo sanitario y en relación a cómo debemos considerar dicha imposibilidad se abre un punto de reflexión.

Alude el protocolo de coordinación de la atención extrahospitalaria urgente y emergente a algunas circunstancias que arrojan pistas al respecto: ancianos, incapacitados físicos o psíquicos, enfermos mentales,... pero sin duda existen procesos patológicos que sin ser graves ni urgentes comportan un estado de gran postración que hacen por lo menos inadecuado cualquier intento de desplazamiento.

Resulta difícil imaginar que una persona que presenta fiebre elevada (39º-40º), mareos, dolores y malestar generalizado, pueda siquiera levantarse de la cama sin tener que realizar para ello un gran esfuerzo, por lo que entendemos del todo desproporcionado exigirle un desplazamiento al centro sanitario más cercano.

Teniendo en cuenta estas premisas si analizamos el caso de la interesada, partiendo además de la necesidad de hacer un uso racional de los recursos sanitarios, habremos de considerar que evidentemente la dolencia que padecía no requería la atención por medios altamente especializados (061, EM,...) que deben permanecer disponibles para intervenir en los casos en los que realmente sean precisos. En este sentido la transferencia de la demanda de asistencia que desde el centro coordinador de urgencias se hizo al centro de salud debe entenderse adecuada.

Ahora bien este último se limitó a realizar un control diferido del estado de la paciente vía telefónica, el cual efectivamente implicó un seguimiento, y ciertamente el proceso terminó con un diagnóstico que confirmaba la sospecha inicial, pero ello no obsta a que aquélla se viera por dos días en la necesidad de afrontar una situación de enfermedad y los cuidados que la misma precisaba en un estado de absoluta soledad. Y es que además el hecho de vivir sola en su domicilio era perfectamente conocido por los dispositivos sanitarios que intervinieron, sin que este aspecto fundamental permitiera un cambio en las pautas de

actuación de aquéllos, y fundamentalmente de la médico de atención primaria correspondiente a la interesada.

En definitiva la misma terminó acudiendo al centro de salud para valoración personalizada por su facultativa, pero ya para entonces los síntomas habían mejorado, a pesar de lo cual aquella relata que fue “*como pudo*”. Es por eso que si las distintas modalidades asistenciales se postulan para favorecer la accesibilidad a la atención sanitaria, habremos de entender que dicha accesibilidad ha estado limitada en este caso, al menos en la dimensión individualizada y humanizada de atención sanitaria que por los responsables del Sistema Sanitario Público de Andalucía tantas veces se propugna, tal y como han reflejado en distintos instrumentos de planificación.

A la vista de las consideraciones expuestas, se elevó a la Dirección Gerencia del Distrito Sanitario la siguiente **Recomendación**:

*“Que se revisen los criterios que determinan el desplazamiento de los facultativos de atención primaria para dispensar asistencia en el domicilio, de manera que se incorporen las demandas de atención no urgentes que correspondan a patologías cuyos síntomas ocasionen gran postración, al punto de requerir un esfuerzo desproporcionado para el desplazamiento al dispositivo sanitario más cercano.*

*Que se tengan en cuenta circunstancias como la de permanencia del demandante de la asistencia solo en su domicilio sin ayuda de familiares o terceros, que dificulta la prestación de los cuidados que requiere la enfermedad en cuestión”.*

Recomendación que finalmente fue aceptada.

## 2. 1. 6. Gestión administrativa.

### 2. 1. 6. 1. Reintegro de gastos.

No son extraños los supuestos en que, ante las insuficiencias del sistema o su no cobertura por la Cartera de Servicios del Sistema Sanitario Público, los propios enfermos se provean por sus propios medios la asistencia (privada), para posteriormente promover su reintegro público (que solo resulta viable en la medida que se trate de una “urgencia vital”), supuestos que en este apartado solemos destacar en las memorias de esta Institución. La particularidad del caso que aquí destacamos viene dada porque es la propia Administración la que propone al usuario que se provea privadamente la prestación (ortoprotésica) para que este ulteriormente inste el reintegro.

Así en el expediente de **queja 09/3506** acudió a esta Institución el interesado exponiendo la dificultad que encuentra para que en el Hospital Universitario se le sustituya la prótesis ocular a su hijo.

En este sentido viene a señalarnos que su hijo es usuario de una prótesis ocular que debe ser cambiada por motivo del crecimiento lógico de su edad, sustitución que ya se

debería haber producido hacía más de un año, encontrándose en lista de espera sin fecha para la intervención que precisaba.

El nudo gordiano de la cuestión parece encontrarse en la entidad proveedora (Clínica Dr. L.), concertada con el Servicio Andaluz de Salud, que viene suministrando dichas prótesis al Servicio de Oftalmología hospitalario, toda vez que la citada entidad se negaba últimamente a proveer de más productos al mismo como consecuencia de débitos pendientes.

Como quiera que la situación no parecía tener salida, por la Subdirección Gerencia del Hospital se le aconsejó al interesado como salida alternativa que este adquiriera a su cargo la citada prótesis para posteriormente ser reembolsado de su importe por vía de expediente administrativo de reintegro, solución a la que afirma no poder acceder ante su carencia de recursos para anticipar el pago del mismo.

Admitida a trámite la queja y recabado el correspondiente informe administrativo, por el Centro hospitalario se afirma, en relación a los débitos, que dichos pagos no han podido llevarse a efecto dado que las facturas que lo debieran respaldar no constan que se hayan presentado en el preceptivo Registro Auxiliar Oficial de Facturas (art. 7.5 de la ley 9/2002, de 21 de Diciembre), y ello sin perjuicio de reconocer que la prestación del servicio se había realizado, exigiendo a la entidad acreedora la expedición de nuevas facturas para su tramitación y pago, comprometiéndose ese centro hospitalario a su pago en el plazo máximo de una semana tras su inscripción en el citado Registro, solución a la que esta entidad se niega por entender que ello conllevaría una doble tributación con cargo a la misma.

Ante esta situación por el hospital se afirma que durante este periodo se ha buscado sin éxito otros proveedores diferentes al que históricamente ha venido suministrando las prótesis oculares al hospital, circunstancia que impide acometer la intervención y sustitución que el hijo precisa.

Llegados a este punto, desde esta Institución nos llama la atención la particularidad del caso planteado, planteándonos si las medidas adoptadas habrían sido las mismas si de una prótesis imprescindible para la vida de un paciente se hubiera tratado, y esta hipótesis viene en buena parte a darnos la solución al problema.

Desde nuestra perspectiva varias son las cuestiones que aquí se plantean, la primera de ellas vendría referida a la posibilidad de la derivación inmediata del caso a cualquiera de los otros centros hospitalarios de la red asistencial del SAS, solución viable (en la medida que el convenio o concierto no este centralizado a nivel autonómico) que debiera haberse planteado durante el largo periodo de tiempo en las que se han ido sucediendo las, al parecer insalvables dificultades aquí expuestas, alternativa que de haberse promovido a estas alturas la sustitución ocular ya se habría producido.

Por otro lado, sorprende que la provisión de una determinada prótesis haya estado supeditada a cruzados dimes y diretes sobre débitos y facturación entre el histórico proveedor y un centro hospitalario de la importancia que representa el hospital, seguramente el mayor centro consumidor de productos sanitarios de Andalucía, para finalmente poner en manos del paciente la salida a tal enredo administrativo.

Sin duda la provisión de estos productos está amparado por el correspondiente convenio o concierto con el basamento del correspondiente pliego de prescripciones en el que se detallarán los derechos y obligaciones de cada una de las partes, y a ello debería ponerse con ahínco el hospital en orden a dilucidar la responsabilidad que en el caso haya podido incurrir la entidad proveedora, pues si bien no parece haber trascendido de forma irremediable a la salud ni a la vida del paciente, no es menos cierto que se ha causado un injustificable perjuicio al mismo, situación que al día de la fecha se mantiene.

Por lo anteriormente expuesto, se formuló a la Dirección Gerencia del Hospital la siguiente **Recomendación**:

*“Que en la medida que sea viable se proceda a la mayor celeridad, y previa conformidad del afectado, a la derivación del mismo a otro centro hospitalario para la sustitución ocular que precisa, sin que esta alternativa le suponga un perjuicio económico.*

*Que por los Servicios Jurídicos del SAS se estudie la viabilidad de ejercitar la acción de responsabilidad o denuncia que se deduzca por la negativa de la entidad proveedora en el presente caso.*

*Que a la mayor celeridad por el hospital se proceda a reembolsar los pagos pendientes a la entidad proveedora.”*

Recomendación que fue aceptada en su integridad.

#### 2. 1. 6. 2. Testamento Vital.

Sin duda la existencia de una Ley andaluza regulando el denominado testamento vital (Ley 5/2003, de 9 de Octubre, de declaración de voluntad vital anticipada), ha supuesto un notable avance en la efectividad de este derecho, que sin embargo muestra un carácter restrictivo en su acceso como lo demuestra la queja que traemos en este apartado.

Así en el expediente de **queja 10/1017** acudió a esta Institución el interesado exponiéndonos su discrepancia con la negativa de la Delegación Provincial de Salud de inscribir en el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas su testamento otorgado en documento notarial.

En este sentido nos señalaba que habiendo otorgado su esposa y él ante una Notaria de Andalucía sendos testamentos vitales, dieron traslado de los mismos a la Delegación Provincial de Salud para la inscripción de ambos en el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas, contestándose por esta Administración sanitaria provincial que *“la declaración efectuada ante Notario no se puede incorporar sin más al registro”*, e informándole que para dicha pretensión procede solicitar telefónicamente cita para personarse en la citada Delegación con el correspondiente modelo de declaración cumplimentado que se le adjuntaba, conforme a lo establecido en el Decreto 238/2004, de 18 de Mayo, regulador de dicho Registro.

El interesado discrepa de dicha negativa aduciendo diversos preceptos constitucionales (artículos 10, 16, 18 y 43 entre otros) y estatutarios (artículo 20.1) exponiendo en su escrito de queja la siguiente argumentación:

*“Los instrumentos notariales cumplen los requisitos de las leyes estatal 41/2002 y autonómica 5/2003, así como lo dispuesto en el Convenio Internacional para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio de Oviedo de a de abril de 1997 suscrito por España y vigente en nuestro país desde el año 2000), habida cuenta de que:*

*a) Los otorgantes son españoles, mayores de edad y capaces, como señala la Notario autorizante de ambas escrituras, previa la oportuna verificación. En ambas consta la fecha y el lugar de otorgamiento y, en la matriz custodiada en el protocolo notarial, la firma de los interesados (art. 11.1º ley estatal y 4.1º y 5.1º ley andaluza).*

*b) Ambas declaraciones, obviamente, constan por escrito (art 11.2º Ley 41/2002 y 5.1º Ley 5/2003).*

*c) El contenido de las declaraciones se ajusta a lo dispuesto en el art. 11 de la ley estatal 41/2002 y en el art. 3 de la ley andaluza 5/2003.*

*Todo ello, en relación con lo dispuesto en la legislación notarial.”*

Finalmente, el interesado alega que los formularios administrativos anexos al Decreto 238/2004 no han de ser la única vía para la inscripción de la voluntad vital anticipada de los andaluces, añadiendo que el Real Decreto 124/2007, de 2 de Febrero, por el que se regula el registro nacional de instrucciones previas contempla que la declaración se puede formular: a) ante notario; b) ante testigos; y c) ante la Administración.

Admitida a trámite la queja y recabados sendos informes de la Delegación Provincial de Salud de Huelva y del Colegio Notarial de Andalucía estos nos trasladan lo siguiente.

Por la Delegación Provincial de Salud se aduce que el testamento vital formalizado en documento notarial resulta imposible inscribir *“ya que la propia normativa de la Comunidad Autónoma andaluza, excluyendo expresamente a los fedatarios públicos en la propia Exposición de Motivos de la Ley 5/2003, exige para la validez del testamento vital en Andalucía, que la declaración sea efectuada por escrito ante los responsables del registro, en modelo normalizado que como anexo figura en el decreto 238/2004, y que finalmente la declaración sea inscrita en el registro de Voluntades Vitales Anticipadas,..., imposibilidad legal que se simultanea con la imposibilidad técnica y materia en la medida que la aplicación informática del registro sólo permite la inscripción de un testamento vital realizado en el modelo normalizado regulado en el Decreto anteriormente señalado, no siendo viable al día de la fecha en nuestra Comunidad Autónoma la inscripción de un testamento vital materializado en otro formato.”*

Por su parte el Ilustre Colegio Notarial de Andalucía, por acuerdo adoptado por su Junta Directiva de 19-05-2010, nos traslada su posicionamiento que, tras explicitar el

marco jurídico internacional, estatal y autonómico en la materia, viene a concluir lo siguiente:

*“Primero: La normativa administrativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Decreto 238/2004, de 18 de Mayo) establece requisitos formales para el ejercicio del derecho del ciudadano a declarar su voluntad vital anticipada que funcionan, en la práctica, como requisitos de validez de aquel derecho, sin que tales requisitos estén contemplados en normas de rango legal.*

*Segundo: La exigencia de tales requisitos pugna con la ordenación básica establecida por la ley estatal (Ley 41/2002, de 14 de Noviembre), de conformidad con lo establecido en los artículos 149.1.1ª y 16ª de la Constitución Española de 1978. Igualmente pugna con los artículos 9 y 26 del Convenio sobre Biología y Medicina suscrito en Oviedo el 4 de Abril de 1997, ratificado por España el 23 de julio de 1999. Por consiguiente estas normas internacionales y estatales, plenamente vigentes y directamente aplicables en nuestra Comunidad Autónoma, obligan a una interpretación y aplicación de la normativa andaluza conforme a un sentido distinto del que pudiera desprenderse de su tenor literal.*

*Tercero: la efectividad del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución Española), obliga a los Poderes Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a adoptar las medidas necesarias a fin de superar las dudas que desde el ámbito de su legislación, puedan suscitarse en relación a la validez de los documentos notariales que recojan declaraciones de voluntad vital anticipada, y a fin de establecer los medios necesarios que posibiliten la inscripción de tales documentos, para facilitar su eficacia”.*

Expuesta la cuestión con este planteamiento y con la información suministrada por las partes, esta Defensoría hace las siguientes consideraciones.

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, ley de carácter básico en la materia en virtud de lo establecido en su Disposición adicional primera, regula en su artículo 11 el documento de instrucciones previas o de voluntad vital anticipada, definiendo este como aquel por el cual, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo, pudiendo el otorgante del documento designar, además, un representante para que, llegado el caso, actúe como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

Dicha ley remite a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas la regulación del procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.

Por otro lado el art. 9 del Convenio de Oviedo de 4 de Abril de 1997 dispone que «Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre



en situación de expresar su voluntad”, añadiendo en el art. 26 que “el ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidos en el presente Convenio no podrán ser objeto de otras restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública o la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas».

En este marco jurídico internacional y estatal se incardina la ley andaluza 5/2003, de 9 de Octubre, de declaración de voluntad vital anticipada (a la que se remite la posterior ley 2/2010, de 8 de Abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte), que en su art. 5 dispone que «Para que la declaración de voluntad vital anticipada sea considerada válidamente emitida, además de la capacidad exigida al autor, se requiere que conste por escrito, con identificación del autor, su firma, así como la fecha y lugar del otorgamiento, y que se inscriba en el Registro, previsto en el artículo 9 de esta Ley».

En desarrollo de esta ley, el Decreto 238/2004, de 18 de Mayo, regula el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía, norma en cuyo art. 4.3.a) restringe el acceso al mismo a favor de las declaraciones formuladas en el “*modelo normalizado*” que se acompaña como Anexo II de dicha disposición, careciendo esta exigencia de cobertura tanto en la legislación internacional y estatal descrita, como en la autonómica, toda vez que se trata de un requisito ex novo que supone a su vez una restricción del derecho a la libertad individual.

En efecto, la redacción de este artículo y la práctica administrativa que aquí se plantea viene a introducir en Andalucía un requisito de validez sin expreso amparo legal, requisito que cifrado en la cumplimentación de un determinado formulario normalizado y su inscripción en el registro correspondiente, sin los cuales cualquier declaración de voluntad en este sentido, aún cumpliendo el resto de los requisitos establecidos en la legislación estatal y notarial, carece de validez, y por ende, de eficacia en lo que se refiere al Sistema Sanitario Público de Andalucía.

El carácter de la inscripción registral de estas declaraciones viene dada por el art. 11.5 de la Ley 41/2002 y el art. 2 del Real Decreto 124/2007, de 2 de Febrero por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas, en los que se especifica que la finalidad de la inscripción es “*asegurar la eficacia*” de las instrucciones manifestadas, en modo alguno requisito de validez.

Este mismo carácter se mantiene en la Ley andaluza 5/2003, al señalar en su art. 7 que la declaración, “*una vez inscrita, será eficaz*”. No obstante, pese a la rotundidad de esta naturaleza en los preceptos legales de referencia, el Decreto 238/2004 introduce en su art. 4 la exigencia del modelo normalizado de declaración como requisito de acceso al registro, como se ha dicho sin cobertura legal alguna y suponiendo a la postre una restricción de la libertad individual y a la propia dignidad de la persona.

La exigencia del modelo normalizado de declaración como instrumento de acceso al Registro ha sido objeto de examen por el Consejo Consultivo de Andalucía, si bien sin barruntar la problemática que aquí se destaca, afirmando en su dictamen 69/2004, de 11 de marzo, sobre el citado proyecto de Decreto, que «Aún no suscitando dudas sobre la adecuación a Derecho del empleo de un modelo normalizado, queda abierta la posibilidad de que los solicitantes puedan acompañar los elementos que estimen convenientes para



precisar o completar los datos del modelo», cuestión que redundaría con el carácter abierto del mismo a la vez que ratifica como presupuesto de validez de la declaración.

La circunstancia de que la Exposición de Motivos de la Ley Andaluza 5/2003 excluye el procedimiento notarial como vía para el ejercicio de este derecho, justificando la restricción en orden a preservar la autonomía y la intimidad del otorgante, a la vez que garantizar la efectividad de la declaración, señalando que dicha norma prevé, como requisito de validez de la declaración, el que sea emitida por escrito, con plena identificación de su autor, y que sea inscrita en el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía, no se traslada al articulado de la misma, cuestión que habría planteado el encaje legal de la misma en relación a la ley estatal 41/2002 e incluso al propio Convenio de Oviedo de 1997, sino que es el Decreto de desarrollo 238/2004 el que de forma expresa introduce el requisito de validez del modelo administrativo, impidiendo el acceso del documento notarial al Registro de Voluntades autonómico.

Por otro lado, el fundamento de preservar la intimidad de las personas, no garantiza que la voluntad vertida en el documento administrativo sea la realmente querida por el otorgante, no solo por el tecnicismo de muchos de los términos en que se manifiesta la voluntad sino porque las respuestas positivas, negativas o la tercera opción, con la expresión “no me pronuncio”, pueden inducir a confusión, especialmente en aquellas de planteamiento negativo (por ejemplo: “Deseo no me sea aplicada ninguna de esas medidas de soporte vital, reanimación o cualquier otra con el fin de prolongar mi supervivencia”, que tendrá que ser marcada con el “sí” para que no se apliquen, pero que bien puede dar lugar a que se marque el “no” por quien con esa opción entiende que no se le aplicarán dichas medidas).

En cualquier caso y con independencia de si la exclusividad del modelo administrativo andaluz garantiza con absoluta seguridad la autonomía personal e intimidad que enfatiza, no se alcanza a comprender cómo el establecimiento a favor de los otorgantes de una vía añadida y opcional notarial, cumpliendo los requisitos establecidos en la normativa estatal y autonómica, pueda transgredirlas.

Este posicionamiento andaluz contrasta no solo con la legislación estatal descrita, sino también con el resto de las autonomías que han abordado esta cuestión (diez en total), en las que junto a un procedimiento administrativo similar en todas ellas, se ofrece un procedimiento opcional notarial, así como la opción testifical (tan solo la Comunidad de Cantabria ofrece la vía notarial y testifical, con exclusión de la administrativa), sin que la práctica cotidiana de todos estos instrumentos declarativos de voluntades vitales anticipadas o instrucciones previas parezca que hayan conducido a situaciones vulneradoras de la legalidad ad hoc, de la voluntad de sus otorgantes, ni de su autonomía e intimidad.

Sin duda la eficacia de estas declaraciones son el resorte que las motiva, es decir, que las mismas sean conocidas con inmediatez y autenticidad por los destinatarios de los mismo, el personal sanitario, especialmente médico, con responsabilidad en el tratamiento de salud del otorgante para el caso que se de el presupuesto de la norma, eficacia que se facilita a través de su inscripción en un determinado registro y ulteriormente en el Registro Nacional de Instrucciones Previas, por lo que resulta especialmente contradictorio que declaraciones de voluntad vital anticipada formalizadas notarialmente, sin tacha alguna sobre su autenticidad y cumpliendo los requisitos establecidos por la normativa a este respecto, no puedan acceder al citado registro. En este sentido todas las Comunidades Autónomas que tienen establecida la opción notarial de este tipo de

declaraciones imponen para estos casos la obligación de que las Notarias comuniquen o trasladen al registro correspondiente los documentos otorgados ante ellas, traslado que suele articularse telemáticamente, habida cuenta de la importante interconexión que las mismas mantienen con las Administraciones públicas, como sucede en el caso de Andalucía.

Resaltábamos el contrasentido que supone negar, en el ámbito andaluz, la validez de la declaración emitida ante un notario de Andalucía (invalidez que no alcanza al resto de España al acceder las declaraciones notariales de dicho ámbito al registro nacional por conducto de los respectivos registros autonómicos), frente a la obligada dación de validez a declaraciones emitidas ante cualquier notario del resto de España, toda vez que todas las legislaciones autonómicas, a excepción de la andaluza, han dispuesto la posibilidad de formalizar estas declaraciones ante notario, a las cuales se les reconoce validez sin necesidad de otra constancia que la prevista en el protocolo notarial. Esta contradictoria situación, de estricta naturaleza jurídica, no puede ni debe trasladarse al profesional sanitario, último destinatario de la declaración, que en una situación de gravedad clínica del enfermo, que no puede expresar su voluntad en el momento en que precisa ser tratado o intervenido, o bien desconoce el documento notarial otorgado por éste y no inscrito, o conociéndolo constata que no aparece inscrito en el correspondiente registro administrativo.

Estas consideraciones vienen a demostrar que el ordenamiento jurídico andaluz y la práctica administrativa en esta materia se desenvuelve con un elevado grado de incertidumbre jurídica, a la par que supone una evidente limitación a la libertad individual, circunstancias que deberían mover a la Administración sanitaria andaluza a favor de habilitar un mecanismo que facilite que las declaraciones de voluntad vital anticipada formalizadas en documento notarial puedan acceder al registro administrativo correspondiente, en orden a que las mismas puedan tener eficacia en todo el territorio nacional, promoviendo, si así se considerase necesario, la modificación de este ordenamiento a dicha finalidad.

De esta forma se pondría a disposición de la ciudadanía un procedimiento alternativo, dotado de garantías de fiabilidad y autenticidad, eliminando de esta forma dudas en un terreno tan ligado a la libertad, intimidad y dignidad de la persona, y respecto a un momento crucial de su vida, aquél que lo sitúa en el umbral del mismo y en el que su voluntad debe ser recogida y transmitida con eficacia y claridad para cuantos tengan que disponer de ella sobre su persona.

A lo anterior hay que añadir que la postulación a favor de la declaración en sede notarial favorece el principio estatutario de “proximidad a la ciudadanía” en que debe situarse la Administración (art. 131 del Estatuto de Autonomía de Andalucía), con una puesta a disposición de la ciudadanía de una plantilla de cualificados profesionales distribuidos por toda la geografía andaluza.

Por lo que se refiere al caso aquí traído, en tanto no se modifique la práctica administrativa y/o el marco jurídico autonómico de referencia, resulta inviable formular a la Delegación Provincial de Salud directriz alguna en relación a la pretensión de inscripción planteada, toda vez que no se haya en dicha sede adoptar una resolución distinta a la expresada, sin perjuicio de que dirijamos a su superior jerárquico, a la Consejería de Salud, la sugerencia que a continuación formulamos.

Por lo anteriormente expuesto, y de conformidad con lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora de esta Institución, formulamos a la Consejería de Salud la siguiente **Sugerencia** (aún sin respuesta):

*“Que por la Consejería de Salud se dicten las instrucciones precisas y/o se promueva la modificación del ordenamiento jurídico autonómico, en orden a que los documentos notariales referidos a declaraciones de voluntad vital anticipada, otorgados ante un notario de Andalucía, sean susceptibles de inscripción ante el registro administrativo correspondiente”.*

#### 2. 1. 7. Centros y Servicios Sanitarios.

En este apartado traemos a colación las quejas referidas a las dotaciones de personal y equipamiento de los centros sanitarios, así como las relativas a las infraestructuras y otras cuestiones relacionadas con esta temática.

Así en el expediente de **queja 09/3506** dos facultativas manifestaban que en la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos y Neonatales del Hospital se producen las siguientes circunstancias:

a) Escaso número de pediatras adscritos a la Unidad (dos en aquellos momentos), con la consiguiente sobrecarga de trabajo.

b) Los pediatras de apoyo que, ocasionalmente, se destinan a la Unidad durante el turno de mañana carecen de la formación específica en cuidados intensivos pediátricos y rotan de forma casi diaria, de forma que cada jornada es uno distinto.

c) Las guardias de la Unidad están cubiertas con pediatras del Equipo Básico de Atención Primaria, los cuales carecen de formación específica en cuidados intensivos pediátricos.

El informe de la Dirección Gerencia del Hospital, asevera que el número de profesionales es el adecuado para el Área, al cumplirse con los criterios fijados por la Asociación Española de Pediatría de que debe haber un pediatra por 4 ó 5 unidades de encamación, que los demás pediatras que trabajan en la Unidad cumplen con las recomendaciones de la Asociación Española de Pediatría respecto a su capacitación profesional.

A la vista del citado informe y de las alegaciones vertidas, esta Defensoría establece las siguientes consideraciones:

Respecto a la carga asistencial que existe en la Unidad del hospital, a los efectos de determinar si realmente el hecho de que cuatro profesionales, dos a jornada completa y dos a jornada parcial en el turno de mañana, resultan suficientes para realizar la adecuada labor de atención a los pacientes de la misma, pues este hecho bien podría considerarse como la espoleta que a activado, en un contexto asistencial que lo favorecía, buena parte de lo acontecido.

Por un lado, las interesadas manifiestan que el trabajo les resulta últimamente agobiante, destacando que tras el traslado del tercer pediatra, dio lugar a que el puesto del mismo fuera ocupado cada día por una persona distinta y, en ocasiones, no se cubría,

quedando exclusivamente las dos facultativas mencionadas a cargo de toda la Unidad en el turno matutino. Frente a ello, la Dirección argumenta que en dicha Unidad concurren, además de las interesadas a jornada completa, dos pediatras más a tiempo parcial, con lo cual se cumple el estándar fijado por la Asociación Española de Pediatría (un facultativo por 4 ó 5 camas).

Respecto a la carga asistencial y a los recursos humanos existentes para atender a la misma, es imprescindible examinar si el número de facultativos adscritos a la Unidad es el adecuado, en orden a la prestación de un buen servicio sanitario, y en este punto las posturas son encontradas. De un lado las interesadas manifiestan que la dotación es claramente insuficiente en el turno de mañana en el que ellas trabajan, del otro la Dirección del Hospital mantiene lo contrario atendiendo a los criterios de la Asociación Española de Pediatría.

En este sentido resulta imprescindible partir de un referente, que bien podría venir dado por los criterios establecidos en el Tercer Informe Técnico de la Sociedad Española de Cuidados Intensivos Pediátricos (sociedad integrada en la Asociación Española de pediatría), que si bien están referidos al año 2003, consideramos que mantienen aún su validez. En la página 44 del mismo, dentro del apartado dedicado al personal médico necesario para las UCIP, se indica que establecer un estándar acerca del número de facultativos necesarios por camas es harto difícil, pues ello variará según las características de cada Unidad, la complejidad de los pacientes atendidos o, como sucede en el presente caso, en aquellos supuestos en los que dentro de la misma Unidad se atienden tanto a los cuidados de pediatría como a los neonatales.

Habida cuenta de que resulta casi imposible, de acuerdo con dicha sociedad científica, señalar un estándar medio, entendemos que la forma más adecuada para examinar la carga existencial de la citada Unidad es ofrecer un estudio comparativo del número de pacientes atendidos al año en cada una de las UCIPyN de Andalucía y dividirlo por los facultativos destinados en la misma; de esta forma la ponderación de las medias paciente-año/médico servirá para fijar si la carga de este Hospital es superior a la de los restantes.

De acuerdo con los datos que se nos facilita en la Tabla II del mencionado Informe Técnico (Pág. 15), el Hospital, que cuenta con tres facultativos en turno de mañana, arroja una media de 126 pacientes anuales/médico, lo cual supera en un 25 % más al más cercano en el ratio. Añadir que los restantes centros hospitalarios andaluces arrojan una media de entre 68 y 47 pacientes anuales/médico.

Los datos arriba mostrados nos hacen llegar a dos conclusiones. La primera es que el Hospital ostenta una ratio de pacientes por médico notablemente superior al resto de Unidad es en Andalucía, llegando a duplicar la media de bastantes centros. La segunda es que la petición de reforzar, al menos con un facultativo, el turno de mañana se encuentra justificada desde el punto de vista de la calidad asistencial y del número de profesionales destinados a dichas Unidades en los restantes centros hospitalarios de nuestra Comunidad Autónoma.

En relación con la cualificación profesional del personal que desempeña sus funciones en la citada Unidad también encontramos una clara divergencia entre los argumentos y razones que se dan por ambas partes.

Las interesadas señalan que la capacitación de parte de estos profesionales no es la adecuada, dado que carecen de una formación específica en cuidados intensivos pediátricos y neonatales, puesto que el único requisito exigido por el centro para trabajar en la unidad es que sean pediatras sin más.

Por su parte, la Dirección señala que, al no existir la titulación de intensivista pediátrico, la Asociación Española de Pediatría recomienda que los facultativos que desarrollan esta actividad cumplan los requisitos de rotación en la Unidad durante el período MIR, hacer cursos de formación y trabajar en dicha Unidad, entendiéndose que todos los médicos contratados cumplen dichas exigencias, en tanto que han venido desempeñando sus funciones en cuidados intensivos durante períodos de tiempo que van de 6 a 30 años.

A lo expuesto, las doctoras que interpusieron la queja alegan que, de acuerdo con la Sociedad Española de Cuidados Intensivos Pediátricos, se exige un período de formación que va de tres a cinco años, tres de Pediatría General y dos de formación específica en unidades docentes dotadas de Cuidados Intensivos Pediátricos, y que algunos de los facultativos que desempeñan las funciones en dicha Unidad no cumplen los requisitos de antigüedad mínima de seis años alegados por la Dirección, e incluso se ha llegado a nombrar facultativos para realizar guardias en la citada unidad con experiencia profesional de meses.

Ante las alegaciones vertidas, esta Institución entiende que, como punto de partida, se han de tomar en cuenta dos consideraciones.

La primera de ellas es que un servicio como la Unidad requieren un trabajo altamente especializado y muy cualificado, de ahí que, atendiendo al desempeño de la labor que se desarrolla en dicho ámbito, debe constituir una prioridad para el gestor sanitario contratar, formar e integrar en ella a profesionales sanitarios con el mayor grado posible de especialización en Cuidados Intensivos.

La segunda es que en nuestro país se está produciendo un fenómeno importante de escasez de médicos especialistas, siendo una de las especialidades más afectadas la de Pediatría. Asimismo, tampoco cabe la posibilidad de olvidar que, al día de la fecha, no existe propiamente una especialidad en Cuidados Intensivos Pediátricos. Ello unido a las versiones contradictorias vertidas en las alegaciones e informes remitidos, da lugar a que esta Institución se pronuncie en el sentido de recomendar que la Dirección, a la hora de seleccionar a los facultativos que desempeñen sus funciones en los distintos turnos dentro de la Unidad del Hospital, proceda a fijar unos criterios mínimos de especialización y formación en Cuidados Intensivos, que vayan más allá de detentar la especialidad de Pediatría, promoviendo su máxima publicidad.

A tenor de las consideraciones expuestas a la Dirección del Hospital, se formuló la siguiente **Recomendación**:

*“Que se adopten las medidas necesarias para incrementar el número de facultativos de la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos y Neonatales en turno de mañana, al menos en un médico, hasta alcanzar la media de pacientes por médicos al año que existen en el resto de centros hospitalarios andaluces.*

*Que se proceda a elaborar, con la colaboración de los profesionales que se considere, unos criterios mínimos de especialización y formación en*

*Cuidados Intensivos, que vayan más allá de detentar la especialidad de Pediatría, los cuales deban cumplir los facultativos/as que en adelante presten sus servicios en dicha Unidad”.*

#### 2. 1. 8. Prestaciones farmacológicas.

En el expediente de **queja 09/5094** (que tuvo una relevante publicidad en los medios de comunicación) compareció en esta Institución la madre de un joven afectado de un melanoma metastásico avanzado, reclamando la autorización del uso compasivo de un medicamento (Emend) que en su opinión ha venido mostrándose beneficioso para paliar el progreso de la enfermedad y mejorar la calidad de vida del paciente.

Este último fue atendido en el servicio de oncología de un hospital sevillano donde le habían realizado diversas pruebas PET que venían detectando un avance imparable de la enfermedad, que se acompañaba de unas pésimas condiciones de vida.

Según nos relataba la interesada, por contacto con un investigador que está realizando un ensayo clínico sobre el medicamento referido (cuyo principio activo es el APREPITANT) a grandes dosis, ha empezado a tomar este tratamiento, el cual insiste en que ha traído consigo efectos alentadores.

La interesada era consciente de la enfermedad y de que el tratamiento no es curativo, afirmando que desde que lo está tomando había mejorado ostensiblemente su calidad de vida, hasta el punto de que desarrollaba una vida casi normal con actividades que antes no podía siquiera imaginar. Por otro lado en las pruebas Pet realizadas, a pesar del progreso de la enfermedad hepática, se detectó la desaparición de otros focos que antes afectaban a pulmones, ingle y vesícula. No obstante, a pesar de ello, desde el Servicio de Oncología no se consideraba pertinente la emisión de un informe justificativo de su indicación (en orden a favorecer la petición de uso compasivo) habida cuenta de la disparidad de criterios de los facultativos integrantes del mismo a este respecto, añadiendo que por fuentes de la propia Administración Sanitaria conocía otros tres casos de pacientes a los que se ha autorizado el uso compasivo de este medicamento, y que incluso hay otros dos pacientes del hospital que vienen recibiendo el mismo directamente de la farmacia hospitalaria, sin cumplimiento de requisito añadido alguno.

El hijo de la interesada viene tomando esta medicación desde hacía un tiempo, pero la familia carecía de medios para hacer frente al coste del mismo, para cuya financiación contaban con la ayuda de los vecinos de la localidad.

Por lo visto la Administración Sanitaria ha mostrado a la interesada su disposición de hacerse cargo del coste de la dispensación, pero para ello precisa la prescripción facultativa, preguntándose aquélla por qué motivo no se la dan, sobre todo teniendo en cuenta que existen otros pacientes que por diversas vías están accediendo al tratamiento referido.

No obviaba la interesada la posible negligencia médica que por otro lado entiende que existe en el origen del actual estado evolutivo de la enfermedad, pues en el centro de salud de su localidad no se llevó a cabo análisis alguno de una lesión en la piel que se le extirpó a su hijo, la cual resulto ser maligna y provocó la aparición de metástasis.



En un principio el centro hospitalario nos aclaró desde un punto de vista técnico la única indicación autorizada para el principio activo Aprepitán, que no es otra que la de *“prevención de náuseas y vómitos agudos y diferidos que se asocian con quimioterapia antineoplásica”*, de manera que respecto de otras indicaciones, como la de antineoplásico en el tratamiento de melanomas o tumores, aún se encuentra en fase de investigación básica, sin que existan ensayos clínicos en humanos.

En cuanto a la negativa a la autorización del uso compasivo, se esgrime que por el motivo más arriba expresado, no existe evidencia científica que sustente la decisión y fundamente la indicación expresa de los facultativos de la unidad de gestión clínica de oncología, ya que de otra manera se vulnerarían los principios deontológicos de la práctica médica.

Por otro lado señalan que no existe evidencia alguna de la mejoría anunciada, sino que por el contrario se ha detectado una importante progresión de la enfermedad después de haber tomado el tratamiento, por lo que concluyen señalando que *“la percepción de mejora de calidad de vida, lamentablemente no está acompañada de una evolución clínica favorable”*.

En último término aluden a la posibilidad de que una generalización de estas solicitudes de uso compasivo para este concreto medicamento, generen en los pacientes y sus familiares expectativas irreales que no les reportan beneficio alguno en términos de salud, y que además perjudican la práctica diaria de los profesionales.

En cuanto a la concurrencia de requisitos que legitimen la autorización del uso compasivo cabe mencionar el art. 28 del R.D. 223/04, de 6 de Febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos; el art. 24 de la Ley 29/2006, de 26 de Julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; y el R.D. 1015/2009, de 19 de Junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales.

A nuestro entender se plantea un conflicto interpretativo, pues si bien al amparo del art. 28 de la normativa referida sobre ensayos clínicos la utilización de medicamentos en investigación para indicaciones distintas de las autorizadas quedaría plenamente englobada en el concepto de uso compasivo; tras la remisión a la regulación reglamentaria que realiza la Ley del Medicamento, nos encontramos con que el R.D. 1015/09 diferencia entre uso compasivo y prescripción de medicamentos autorizados en condiciones distintas a las autorizadas, por lo que habría que preguntarse hasta que punto el uso para indicaciones no autorizadas no entraría más bien dentro de este segundo apartado.

La distinción no es insustancial porque los requisitos para la disponibilidad de los medicamentos en uno y otro caso son también distintos, previéndose en el primero, junto a los comunes que consisten en la recomendación facultativa y el consentimiento del paciente, además adicionalmente que se haya solicitado autorización de comercialización o se esté realizando ensayo clínico, y que se autorice por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios.

El Preámbulo de esta norma alude a utilidades en condiciones distintas de las autorizadas de medicamentos autorizados, como supuestos que *«caen dentro de la esfera de la práctica clínica»*, y por tanto dentro del ámbito de responsabilidad del facultativo prescriptor, mencionando dentro de las mismas usos terapéuticos que no se encuentran



recogidos en la ficha técnica del medicamento, a pesar de contar con datos clínicos que los avalan, bien por la velocidad con la que se desarrolla la investigación en un determinado ámbito que es superior a la tramitación burocrática de las autorizaciones, o también por la falta de interés comercial en los estudios necesarios para las mismas.

No parece que el supuesto que consideramos, en el que se trata de aplicar un medicamento autorizado como antiemético para un uso no autorizado como antineoplásico, se equipare materialmente a los parámetros que en el referido Preámbulo vienen a definir este concepto (indudablemente faltan los mencionados datos clínicos que lo avalen), pero sin embargo técnicamente un uso para una indicación no autorizada resulta perfectamente subsumible dentro del concepto de uso en condiciones distintas a las autorizadas, y de hecho ambas situaciones vienen unidas en otros preceptos, por lo que resulta de la máxima importancia delimitar el procedimiento a seguir para disponer de los medicamentos no autorizados con esta finalidad, y lo que resulta más relevante, homogeneizar las condiciones para la dispensación.

Ya el mismo Preámbulo advierte que pueden existir situaciones en las que la Agencia del Medicamento deba emitir recomendaciones basadas en la evidencia disponible en materia de eficacia y seguridad. De hecho se llama la atención en este punto sobre la aplicación a estos casos del régimen previsto para el uso compasivo, hasta que la entrada en vigor de esta norma distinga dos situaciones y establece dos procedimientos diferentes.

Con independencia de cómo se conceptúe el uso de este medicamento con arreglo a la normativa vigente, partimos de la inexistencia de uno de los requisitos que en todo caso resulta común en ambas modalidades: la falta de indicación expresa de un facultativo.

Resulta evidente que desde esta Institución no podíamos pronunciarnos desde un punto de vista técnico sobre la eficacia del medicamento para el uso que se propone. En todo caso únicamente podríamos recomendar que se realizara un seguimiento individualizado del paciente para comprobar en qué medida se habían producido los efectos positivos mencionados por la interesada, consultando al efecto las pruebas que haya podido realizarse fuera del sistema sanitario público, evaluando en lo posible no sólo la eventual ralentización o paralización de la enfermedad en algunos de sus focos, sino también la alegada mejoría de la calidad de vida.

No hay recomendación facultativa porque según el hospital no hay un mínimo de evidencia que resulte de ensayos controlados, ya que el que se aprobó no se llegó a realizar, por lo que no se cuenta con la información proporcionada habitualmente por aquéllos, la comunicación constante que entraña su existencia con los promotores y el equipo investigador, las garantías que rodean la práctica de los mismos, etc.

En definitiva desde una perspectiva estrictamente jurídica no podríamos realizar ningún reproche de legalidad a la decisión negativa para proponer la autorización de uso compasivo. Es sin duda el análisis de equidad el que se muestra más relevante en este caso, aunque la vulneración de dicho principio lógicamente entrañe la infracción normativa de los preceptos en los que aparece recogido.

Pues bien, si por la Administración se informaba que actualmente no estaba proporcionando el medicamento a ningún paciente, lo cierto es que a esta Institución le constaba el suministro de este medicamento para la finalidad expuesta, y no sólo en dicho

hospital, sino también en otros centros del sistema sanitario público de Andalucía, existiendo, al parecer, autorización para el uso compasivo, mientras que en otros se suministró el medicamento directamente desde la farmacia del hospital.

Cabría pensar que la Administración considera que ha cometido un error cuando ha llevado a cabo estas prescripciones y que ahora el centro se muestra dispuesto a corregir el mismo, vedando el acceso de otros pacientes en tanto se desarrollan los ensayos clínicos adecuados.

Este posicionamiento que pudiera entenderse razonable, no resulta sin embargo sostenible cuando la negativa facultativa para la solicitud del uso compasivo ha coincidido en el tiempo con el suministro del medicamento a otros pacientes. Y es que además los argumentos esgrimidos para la dispensación en unos casos y la denegación en éste, lejos de fundamentarse en las circunstancias particulares de los pacientes, las características concretas de sus patologías, los estados evolutivos de las mismas, o cualquier otro aspecto que pudiera legitimar la diferenciación; se asientan en una única razón genérica, y por lo tanto predicable respecto de todos los casos, que no es otra sino la falta de evidencia científica por inexistencia de ensayos clínicos.

En esta tesitura la inequidad en el comportamiento administrativo se pone de manifiesto de una manera clara, y al mismo tiempo se evidencia la infracción del precepto normativo que la proscribiera, en este caso el art. 88 de la Ley 29/2006, de 26 de Julio, por el cual se reconoce el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud.

La gravedad de esta infracción se acrecienta si tenemos en cuenta el tipo de pacientes que estamos considerando y las enfermedades que les afectan, dada la tradicional alarma asociada a las mismas y la frecuente gravedad del pronóstico que les acompaña, lo que se traduce en ansiedad y esperanza de la sociedad para esperar y saludar la aparición de terapias eficaces para combatirla. En este orden de cosas la disponibilidad o no de los medicamentos que surgen en este ámbito nunca puede ser irrelevante, pues no son fácilmente sustituibles por otros, sino que representan la posibilidad de aplicación de las terapias más innovadoras.

No es la primera vez que desde esta institución se realiza un llamamiento para extremar las garantías que posibiliten el acceso de los pacientes a las novedades terapéuticas en condiciones de igualdad, específicamente en el ámbito de la oncología.

Por este motivo no dudamos en recomendar que se establecieran mecanismos que permitieran conciliar el ejercicio de las funciones atribuidas a los servicios de farmacia hospitalaria y comisiones que se constituyan en los centros para la selección de medicamentos, con el necesario respeto del principio de igualdad territorial en el acceso a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud. Como resultado de estas actuaciones por el Servicio Andaluz de Salud se dictó la Resolución 89/08 sobre Armonización de los criterios de utilización de los medicamentos en los centros, por la que se creó la Comisión Asesora Central, a la vista de cuyo informe la Secretaría General podía resolver sobre los criterios de utilización de los medicamentos con carácter obligatorio para todos los centros.

Pues bien dicha resolución contempla expresamente la intervención de dicha comisión en los casos en los que se proponga la no incorporación a la guía de

farmacoterapia interna de un hospital, de una nueva indicación ya autorizada por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios de un medicamento ya registrado; así como también en los casos de propuestas para que se incorporen medicamentos ya registrados en los últimos cinco años para su utilización bajo condiciones no expresamente contempladas en su ficha técnica.

Desconocemos la antigüedad de la autorización del medicamento que la interesada solicitaba para su hijo, por lo que no era posible averiguar hasta qué punto la Comisión Multidisciplinar de uso Racional del Medicamento de ese hospital debería haber elevado a la Secretaría General del SAS la solicitud correspondiente de autorización para incorporarlo a la guía de farmacoterapia interna, con intervención de la Comisión Asesora Central referida, en los casos en los que dicho medicamento se ha proporcionado a otros pacientes.

Ahora bien lo que se deduce de esta situación y se refrenda por las reflexiones que hemos venido haciendo, es que los mecanismos armonizadores que actualmente existen se han revelado insuficientes para casos como el que consideramos, bien porque no se han aplicado, bien porque las características de este último no permiten incardinarlo dentro de los supuestos que exigen la puesta en marcha de estos procedimientos.

Estimamos por ello que ante las dudas que se generan en orden al procedimiento para la autorización del uso de medicamentos autorizados para indicaciones no autorizadas, en función de que se considere como uso compasivo, o bien como acceso en condiciones diferentes de las autorizadas, sería preciso clarificar absolutamente este aspecto, puesto que del mismo depende la necesidad de solicitar autorización de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios.

En segundo término nos parece que en uno y otro caso se impone la necesidad de regular los criterios que permitan el acceso en condiciones de igualdad evitando inequidades como la que se ha puesto de manifiesto en esta queja, no sólo en el ámbito del mismo centro sanitario, sino en el del conjunto de los centros que integran el Sistema Sanitario Público de Andalucía. Dicha necesidad se revela incluso más acuciante en el supuesto del acceso a medicamentos en condiciones diferentes de las autorizadas, puesto que a diferencia del uso compasivo, en el que la intervención de la Agencia del medicamento introduce un elemento de homogeneización (ahora también caben las autorizaciones de uso compasivo temporales para permitir la aplicación del medicamento a un grupo significativo de pacientes); en el uso en condiciones distintas de las autorizadas el procedimiento de decisión se ciñe al exclusivo ámbito del hospital (justificación del médico responsable del tratamiento de la necesidad de uso del medicamento, información al paciente de los beneficios y los riesgos y prestación del consentimiento de este último), con el único límite de *“las restricciones que se hayan establecido ligadas a la prescripción y/o dispensación del medicamento y el protocolo terapéutico asistencial del centro sanitario”*.

En resumidas cuentas y a modo de conclusión, la negativa a la autorización del uso compasivo del medicamento solicitado por la interesada no puede reputarse ilegal en tanto no concurren los requisitos necesarios para legitimarla, fundamentalmente la recomendación facultativa respaldada por un mínimo de evidencia científica sustentada en el desarrollo de ensayos clínicos.

Ahora bien el suministro del medicamento a otros pacientes sin acreditación de circunstancias particulares que lo justifiquen, evidencia un comportamiento administrativo

contrario al principio de equidad e infractor del derecho de acceso de los usuarios del Sistema Nacional de Salud a la prestación farmacéutica del mismo en condiciones de igualdad.

Por último las desigualdades que se ponen de manifiesto y las novedades introducidas en cuanto a los procedimientos de autorización en la normativa actualmente vigente, exigen un pronunciamiento claro sobre los procedimientos, y el establecimiento de mecanismos armonizadores que permitan homogeneizar la prestación en estos casos.

En esta tesitura sólo nos queda puntualizar un aspecto, y no es otro que el relativo a la conveniencia de promover el ensayo clínico frustrado en su día. El interés en desarrollar el mismo no sólo se justifica por la trascendencia de un eventual éxito de resultados en el tratamiento de una enfermedad como el cáncer, sino que se demuestra por la aplicación que de su indicación como antineoplásico se ha venido haciendo por ese y otros centros hospitalarios.

A la vista de lo expuesto, se formuló a la Dirección Gerencia del hospital la siguiente **Recomendación** (que fue aceptada):

*“Que con carácter general se adopten las medidas necesarias tendentes a garantizar el acceso de todos los usuarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía a la prestación farmacéutica del mismo en condiciones de igualdad efectiva, específicamente en el ámbito de los avances terapéuticos para la enfermedad oncológica.*

*Que se determine el procedimiento, de los establecidos en el R.D. 1015/2009, de 19 de Junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales, para la utilización de medicamentos autorizados para indicaciones no autorizadas.*

*Que se establezcan criterios generales para la solicitud de uso compasivo de los medicamentos, de manera que se promuevan las autorizaciones de forma homogénea, cuando se trate de aplicar los mismos fármacos a pacientes en condiciones similares.*

*Que se regulen las condiciones para el uso de medicamentos autorizados en condiciones distintas a las autorizadas, posibilitando el acceso uniforme a los mismos en todos los centros del Sistema.*

*Que se remuevan los obstáculos existentes y a la mayor brevedad se promueva la realización de un ensayo clínico sobre la aplicación como antineoplásico del Aprepitán.*

*Que se de traslado a esta Institución de las medidas adoptadas en cumplimiento de lo señalado.”*

## 2. 1. 9. Derechos de los Usuarios.

Aun cuando la existencia de un compromiso legal respecto al derecho a ser asistido dentro de los plazos predeterminados por la norma ha supuesto un innegable

avance en el contenido y efectividad del derecho a la salud, persisten los supuestos en que dichos plazos son incumplidos por la Administración sanitaria.

Así en el expediente de **queja 09/4477** compareció en esta Institución el interesado, el cual se encontraba en aquellos momentos pendiente de una intervención en un centro hospitalario, para la cual había sido inscrito en el registro de demanda quirúrgica.

Transcurridos casi cinco meses desde dicha inscripción, el interesado llamó por teléfono al hospital para requerir información al respecto de su posición en la lista de espera, desde donde le indicaron que aunque el plazo de garantía de 180 días se cumplía en agosto, con toda probabilidad no sería intervenido a lo largo de dicho mes, por la reducción importante de la actividad quirúrgica durante el mismo, instándole a que en caso de que no le avisaran volviera a llamar pasado el periodo veraniego.

El interesado así lo hizo, y fue entonces cuando le comunicaron que había sido derivado a un hospital concertado, con tres días de antelación respecto del cumplimiento del plazo de garantía, de manera que señala que se enteró por esta eventualidad y que nadie le pidió su consentimiento sobre este particular.

Por otro lado, y puesto que tras consultar en la página web del SAS el tiempo medio de espera que se estaba dando en ese centro para la intervención que precisaba, el mismo se situaba en torno a 76 días, se extrañaba sobremanera de que por su parte se viera obligado a esperar 222 días, dado que la fecha de la intervención se había fijado definitivamente para el 18 de septiembre.

En el informe recibido del centro hospitalario se manifiesta que el paciente estuvo incluido en lista de espera quirúrgica siendo derivado posteriormente a un centro concertado e intervenido en este último inmediatamente después del verano.

Al mismo tiempo señala que el hospital debe ofrecer la práctica de la intervención en el centro concertado para que el paciente decida sobre esa posibilidad, de manera que piden disculpas al interesado por el error cometido en este caso.

A la vista de lo expuesto, a nuestro modo de ver se suscitan algunas cuestiones cuyo comentario resulta de interés para esta Institución.

En primer lugar nos llama la atención que en el informe administrativo no ofreciera datos que pudieran revelar la causa del incumplimiento de la garantía de plazo de respuesta quirúrgica. El art. 3 del Decreto 201/2009 de 18 de Septiembre, determina el deber de realizar las intervenciones quirúrgicas previstas en el Anexo I en un plazo no superior a 180 días naturales a contar desde la presentación por el paciente, o persona autorizada para ello, del documento de inscripción en el registro de demanda quirúrgica. El procedimiento quirúrgico a practicar al interesado aparece recogido en el referido anexo con la clave 64.0 (circuncisión) y el documento de inscripción en el registro que aporta el interesado demuestran que la intervención tuvo lugar concluido el plazo máximo de garantía ampliamente, sin que en el seno del presente expediente se haya incorporado justificación alguna en relación a la misma.

En los supuestos en los que se incumple el plazo máximo, se establece en el art. 11 de la norma referida la posibilidad de que el paciente pueda requerir el tratamiento en un centro sanitario privado. En estos casos se prevé que la Administración Sanitaria

expida un documento que acredite al paciente ante el centro privado elegido para la intervención.

En definitiva queda a instancia del interesado que se ejercite la posibilidad de acudir a un centro sanitario privado para la realización de la intervención, pero el hecho de que el paciente no lo haya instado en este caso no es obstáculo para apreciar el incumplimiento del deber de ese centro sanitario de ofertar la intervención quirúrgica dentro del plazo máximo previsto.

En este punto quisiéramos reflejar parte del contenido del informe que la Dirección General de Asistencia Sanitaria del SAS emitió en el expediente de queja de oficio 08/1791 sobre listas de espera quirúrgica.

Así el citado ente directivo venía a poner de relieve la transparencia en relación con el ciudadano, como uno de los elementos fundamentales de la gestión de las listas de espera, haciendo de esta manera alusión a la publicación de los datos en la página Web, así como a otra serie de medidas que estaba previsto adoptar.

Entre las medidas referidas se establece la de *“comunicar al paciente que no ha sido intervenido en el plazo previsto en la normativa, que puede ser intervenido en un centro sanitario privado y que el Sistema Sanitario Público correrá con los gastos”*.

Llamamos la atención sobre este punto, puesto que habitualmente se señala por los responsables sanitarios que por los ciudadanos no se ha hecho uso de la garantía que estamos considerando, aduciendo esta cuestión como muestra de la confianza que demuestran en los servicios sanitarios públicos. Con independencia de esta interpretación, lo que parece claro es que resulta muy difícil que por los ciudadanos se ejerciten derechos cuyo alcance y contenido pueden desconocer. Es por eso que en nuestra opinión, la medida reflejada de comunicación al paciente del transcurso del plazo de garantía con el señalamiento de la opción que entraña dicha situación, debería haberse materializado a la mayor brevedad.

En otro orden de cosas y por lo que se refiere a la derivación al centro concertado para la práctica de la intervención, en el informe de ese centro se aduce que no es intención del hospital proceder a dicha derivación de forma independiente, o con ignorancia de los deseos de los pacientes.

La cuestión creemos que tiene mayor trascendencia que el mero voluntarismo que implica dicha afirmación, puesto que el art. 6.2 de la Orden de 25 de Septiembre de 2002, por la que se establecen normas para la aplicación de la garantía de plazo de respuesta quirúrgica y el funcionamiento del registro de demanda quirúrgica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, encadena al rechazo de la oferta para ser atendido en otro centro distinto al hospital de origen, la consecuencia de pérdida de la garantía de plazo de respuesta quirúrgica, quedando en estos casos el paciente en situación de programable.

En el Anexo I del Manual de Procedimientos Administrativos para la aplicación para la gestión de la demanda, se regula desde el punto de vista procedimental interno la *“oferta de hospital concertado o autoconcertado”*. Y es que en definitiva nos encontramos con una posibilidad que realmente se oferta al paciente, y sobre la que éste ha de pronunciarse, emitiéndose por el centro un documento de aceptación/rechazo de la derivación, para su firma por el paciente, cuyo efecto más importante como hemos dicho, es



la pérdida de la garantía en caso de que no se acepte la derivación, que ha de dar lugar a la emisión de una resolución de pérdida de la garantía de plazo de respuesta quirúrgica.

Además en dicho manual y por lo que se refiere al tiempo para hacer la oferta, se sostiene que se realizará a partir del mes de la inscripción y hasta los dos meses después de la misma, y en todo caso se prevé que los pacientes cuya inscripción esté sujeta a garantía, no puedan ser asignados a un centro concertado transcurrido un tiempo de garantía superior a 90 días naturales (o 60 días en el caso de los procedimientos afectados por la Orden de 20 de Diciembre de 2006). Puesto que dicho plazo también había transcurrido en exceso en el supuesto que estamos considerando, pues de hecho la derivación al hospital Pascual se produce a escasos días del cumplimiento de la garantía, tampoco acertamos a entender que a través de esta derivación se pudiera perseguir el cumplimiento de la misma, sino que más bien trasluce un reconocimiento de la incapacidad de ese hospital para dar satisfacción al deber que le correspondía en este sentido.

Por todo lo señalado, se formuló a la Dirección Gerencia del hospital **Recordatorio** de deberes legales, por entender vulnerado el siguiente precepto:

- Del Decreto 209/2001, de 18 de Septiembre, por el que se establece la garantía de plazo de respuesta quirúrgica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía: art. 3

Con idéntico fundamento normativo también se elevó a la misma instancia administrativa la siguiente **Recomendación** (aceptada):

*“Que se adapten las medidas organizativas oportunas para que se respete el plazo máximo previsto normativamente para la práctica de las intervenciones quirúrgicas.*

*Que en los casos en los que se supere el plazo máximo establecido sin que la intervención quirúrgica se haya realizado, y siempre que no hayan concurrido circunstancias que determinen la suspensión del mismo o la pérdida de la garantía, se comunique a los ciudadanos la posibilidad de acudir a un centro privado para someterse a la intervención que precisan.*

*Que se de cumplimiento a las prescripciones procedimentales previstas para la gestión de las listas de espera y fundamentalmente se decidan las derivaciones a los centros concertados en los plazos establecidos, y se comunique a los pacientes la oferta de intervención en los mismos, con constancia de la aceptación o rechazo por su parte, adoptando las actuaciones oportunas en su caso (emisión de resolución de pérdida de la garantía)”.*

Otro supuesto de demora, está respecto a una intervención por obesidad mórbida la tuvimos en el expediente de **queja 10/2312**, en la que el interesado nos apuntaba que tras un año sometido a evaluación psiquiátrica, fue incluido en lista de espera a principios de 2008, sin que posteriormente se le diera información sobre su situación en la mencionada lista, sino que muy al contrario las noticias que le han llegado refieren la paralización de estas operaciones por falta de medios económicos.

El informe recibido del centro hospitalario, lejos de ofrecer algún dato explicativo de la situación actual de este tipo de cirugía en el hospital, o de la específica posición del



interesado, se limitaba a reseñar que aquél se encuentra en lista de espera, sin referir siquiera fecha aproximada de intervención, que simplemente se prevé en función de la disponibilidad de quirófanos y su posición en aquélla.

Por nuestra parte venimos recibiendo quejas relacionadas con la demora en este tipo de intervenciones quirúrgicas desde el año 2003 y a través de las mismas, por los datos recibidos de los distintos centros de la red hospitalaria del SAS, hemos podido comprobar que la demora es común a la mayoría de ellos. Así nos han manifestado la dificultad que entraña hacer frente a una patología emergente que requiere recursos específicos.

Por un lado se necesita una evaluación exhaustiva de cada paciente desde una vertiente multidisciplinar (cirugía general y del aparato digestivo, endocrinología, anestesia y reanimación y psicología clínica). Por otro lado entre el diagnóstico de la patología y la indicación quirúrgica con inscripción en el registro median múltiples pruebas ordenadas por las especialidades antes mencionadas.

También tuvimos conocimiento de la paralización del programa quirúrgico que se ordenó en el año 2004 por causa de la alarma social generada por las consecuencias asociadas a determinados casos que se sucedieron con complicaciones fatales, al objeto de que se llevara a cabo una reevaluación por parte de la Dirección General de Asistencia Sanitaria del SAS junto a un grupo de expertos.

Ahora bien, aun entendiendo que sea necesaria la racionalización del uso de los quirófanos y la priorización de las intervenciones urgentes junto a las recogidas en la normativa sobre garantía de plazo de respuesta quirúrgica, lo cierto es que la no inclusión en esta última de la intervención que consideramos no puede significar que la práctica de la misma pueda demorarse sine die.

Durante mucho tiempo en el que ante esta Institución se reproducían las quejas sobre lo dilatado de las listas de espera quirúrgicas para múltiples intervenciones (cataratas, escoliosis, prótesis de cadera,...) y aun sin tener estándares de referencia sobre lo que podíamos considerar plazos apropiados para las intervenciones, vinimos a posicionarnos en torno a dichas listas de espera, considerando comprensibles determinadas demoras para acceder a las prestaciones sanitarias no urgentes, en el marco de un sistema presidido por los principios de universalidad y gratuidad, aunque estimando también que las mismas no son concebibles si superan unos límites tolerables médica y personalmente, en cuyo caso se produce una verdadera desasistencia.

La exigencia legal de plazos de garantía como elementos de referencia de lo que puede entenderse como una demora razonable, pensamos que la permanencia en la lista de espera por un tiempo como el que lleva el interesado (dos años y medio), más que una suspensión del derecho a la asistencia sanitaria reconocido en el art. 43 de nuestra Constitución, que toda lista de espera entraña, constituye una auténtica trasgresión del derecho que hemos mencionado, sin que a lo anterior pueda obstar las consideraciones antes realizadas sobre la especificidad de estas intervenciones, pues la demora permanente lo que pone de relieve es la falta de soporte estructural apropiado para llevarlas a cabo.

A dicha fundamentación podemos añadir la previsión que se contempla en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, regulado en la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de Marzo, en relación con la garantía, dentro del derecho a una buena administración, de

que los asuntos de los ciudadanos (que también habrá que entender referidos a la vertiente asistencial), se resuelvan en un plazo razonable; e igualmente la del art. 5 d) de la Ley 9/2007, de 22 de Octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, en términos similares, de acuerdo con el principio de proximidad a la ciudadanía consagrado en el artículo 3 r) del mismo texto legal.

A la vista de lo expuesto formulamos a la Dirección Gerencia del hospital la siguiente **Recomendación**:

*“Que para la superación de las situaciones de larga espera se adopten por ese hospital las medidas organizativas y asistenciales precisas, referidas fundamentalmente a la ampliación de los medios humanos y materiales para la satisfacción de la demanda, de tal manera que los ciudadanos disfruten del efectivo reconocimiento del derecho a la protección de la salud que establece el art. 43 de la Constitución.*

*Que se lleve a cabo la intervención quirúrgica prescrita al interesado a la mayor brevedad”.*

Por último, otro caso de demora asistencial lo tenemos en el expediente de **queja 09/5320**, cuando a raíz de una visita que personal de esta Institución realizó al centro de AMAPPACE para personas afectadas por parálisis cerebral, tuvimos conocimiento de la situación sanitaria de una menor de 8 años residente en el mismo, la cual se encuentra tutelada por la Junta de Andalucía, que llevaba esperando dos años una intervención de cirugía maxilofacial en ese centro hospitalario.

Por las informaciones suministradas en ese momento, supimos que la menor había sido incluida en el registro de demanda quirúrgica para extracción de piezas dentales a finales de 2007 con carácter preferente, y que al no poderse llevar a cabo la intervención en la fecha inicialmente prevista por contraindicarlo temporalmente su estado (tenía febrícula ese día), quedó a la espera de que se fijara otro día con la misma finalidad, sin que desde entonces y a pesar del tiempo transcurrido, y de que en diversas ocasiones requirieron información sobre este asunto en el hospital, comentándoles desde el área de atención al usuario que la menor seguía inscrita y que el número de intervenciones que se realizan de este tipo para discapacitados que requieren analgesia total o sedación, es ínfimo.

Como consecuencia de lo expuesto la menor presentaba un estado prolongado de irritabilidad, sangrado de encías, dolor, mal aliento, e incomodidad que le generaban mucha tristeza y malestar.

La información administrativa ponía de manifiesto en primer lugar que no se había seguido el procedimiento establecido para la solicitud de asistencia bucodental de personas discapacitadas, las cuales al parecer se vehiculizan desde la Delegación Provincial de Salud hacia el hospital, una vez recibidas desde los centros de salud (programa PADA).

A pesar de ello señala el hospital que desde su centro de salud se había solicitado cita para consulta de maxilofacial en varias ocasiones y que previa solicitud de

este servicio se incluye a la paciente en lista de espera a finales de 2009 siendo atendida en consulta a finales de Enero de 2010 e intervenida en esas mismas fechas.

Sin embargo se nos dice que esta previsión no pudo completarse por no haberse cumplimentado el documento de consentimiento informado, el cual fue requerido en varios contactos mantenidos con el centro Amappace, pero que no llegó a devolverse firmado, por lo que hasta que este aspecto no se resolviera no era posible volver a programar quirófano.

El proceso se inició con la asistencia en consulta de odontología de su centro de salud en Marzo de 2007, desde donde fue derivada al CARE y con posterioridad desde aquí a maxilofacial del hospital materno-infantil. En concreto se nos dice que fue asistida en el hospital en Mayo de 2007, recomendándose la práctica de poliexodoncias y procediendo a la inscripción en el registro de demanda quirúrgica con indicación preferente.

Tras la consulta de anestesiología pediátrica a finales de ese mismo año y cumplimentación del formulario de consentimiento, se programó la intervención para el 30 de noviembre, la cual no pudo llevarse a cabo por presentar un episodio de febrícula, decidiéndose entonces posponer la misma para lo cual avisarían en el momento en el que hubiera disponibilidad "*lo antes posible*".

Los responsables del centro AMAPPACE manifiestan que desde entonces no volvieron a tener más noticias y continuaron esperando hasta que en mayo de 2008 deciden solicitar una nueva cita para maxilofacial infantil que exclusivamente sirvió para conocer que la menor seguía en lista de espera.

A partir de este momento transcurre más de un año durante el cual el centro se dedica a preguntar periódicamente (cada dos meses) por la situación de la menor en la lista de espera, obteniendo siempre la misma respuesta, que seguía inscrita con carácter preferente, y que se realizaban muy pocas intervenciones de este tipo, dos cada viernes.

En este estado de cosas decidieron acudir a la unidad de cita previa para solicitar una nueva cita para maxilofacial, que fue fijada para principios de Noviembre de 2009, y es entonces cuando el relato de los hechos empieza a coincidir, aunque exclusivamente en lo que se refiere a la ubicación en el espacio temporal, con el que realiza el hospital.

En este punto la asociación nos comunica que en la cita reseñada pusieron en conocimiento del facultativo todas las actuaciones previas, y que este último les manifestó que no tenía conocimiento de este caso, instándoles a solicitar de nuevo la inscripción en el registro de demanda quirúrgica. En la unidad de lista de espera donde hicieron entrega de dicho documento ese mismo día les preguntaron sobre las preferencias en cuanto al centro para realizar la intervención, dándoles a elegir entre ese hospital y el hospital concertado, optando entonces por este último.

Pues bien llegados a este punto no cabe duda de que la comparación del relato de los hechos que realizan ambas partes arroja indudables vacíos y no pocas contradicciones.

Por lo que respecta a los primeros, lo más llamativo es la falta de alusión alguna en el informe del hospital, a todo el devenir asistencial previo a la consulta de maxilofacial

que tuvo lugar en noviembre de 2009 y a la inscripción (por segunda vez) en el registro de demanda quirúrgica. Y es que antes de ese momento han transcurrido dos años y medio en los que desde el centro en el que la menor reside han intentado procurarle la asistencia sanitaria que precisaba.

Sin duda el aspecto más preocupante es el que se refiere a la organización de la actividad quirúrgica en materia bucodental de las personas discapacitadas, cuando no de la actividad quirúrgica en general, con lo que conlleva de seguimiento de las listas de espera y programación conforme a la prioridad otorgada por el facultativo.

Señala el hospital que no se utilizó el procedimiento establecido a través del programa PADA, que incluye derivaciones sucesivas desde el dentista del centro de salud a la Delegación Provincial, y de ésta al hospital de referencia.

En este punto la Asociación señala que en un principio se siguieron uno por uno los pasos del procedimiento, pues la recomendación terapéutica parte del dentista en su centro de salud, desde donde fueron remitidos al CARE, y de allí al hospital.

Nótese que incluso entonces el procedimiento no coincidía con el mencionado por el hospital y es más, que en la propia Orden de 29 de Noviembre de 2006 por la que se regula la asistencia dental a personas con discapacidad severa en el Sistema Sanitario Público de Andalucía, también se alude a una solicitud directa del dentista al centro hospitalario de referencia (art. 5.2). Desconocemos de qué forma se instrumenta el procedimiento que ese hospital menciona, si se trata exclusivamente de una aplicación informática, si se acompañan instrucciones en este sentido,... pero lo que se desprende con claridad es que de existir dicha tramitación específica la misma se desconoce por los dispositivos intervinientes, que incluso resulta contradicha por la normativa que regula esta prestación, y que en todo caso su inobservancia no puede recaer en el destinatario de la asistencia que se limita a seguir los pasos que le marca el engranaje del sistema sanitario público. En este caso no es la paciente la que no se atiene al circuito, pues acudió a su centro de salud, y fue allí donde la remitieron al CARE y después al hospital.

Los requerimientos de cita que se hicieron con posterioridad para el servicio de maxilofacial, obedecieron a la prolongada espera para recibir una nueva notificación de fecha para la intervención, y a la afirmación continuada por unidades del hospital sobre la permanencia de la menor en lista de espera, aunque este estado no parecía tener ninguna consecuencia.

En resumidas cuentas, y observamos que desde que se produce el primer requerimiento de asistencia hasta las fechas señaladas para la intervención transcurren en la primera ocasión ocho meses (desde marzo hasta noviembre de 2007) y en la segunda cuatro (desde noviembre de 2009 a marzo de 2010) o bien dos meses y medio si se tiene en cuenta la fecha inicialmente prevista.

Ciertamente no sabemos cuántos pacientes figuran en lista de espera para la asistencia bucodental de personas discapacitadas en la provincia, ni el ritmo de programación de la actividad quirúrgica, aunque podemos suponer que este último es bastante limitado. Analizando los plazos desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta las fechas de inscripción en el registro de demanda quirúrgica, aunque ésta evidentemente no resulta la más significativa para quien espera la actuación sanitaria, los de seis meses y cuatro meses (o dos meses y medio según se estime) que presiden ambas programaciones

quirúrgicas, la que resultó inicialmente fallida y la que finalmente permitió la intervención de la menor, pueden resultar entendibles teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación. Lo que se sitúa absolutamente fuera de lo razonable, es el plazo total que ronda los tres años, resultante de la pasividad de ese centro hospitalario para con una intervención prescrita por sus facultativos e inscrita en sus registros, que sólo por causa de la iniciativa e insistencia de la asociación titular del centro donde reside la interesada, finalmente llega a materializarse, agravándose la cuestión más si cabe, si tenemos en cuenta que por la doble condición de menor y discapacitada de la paciente, tiene derecho según la legislación vigente a actuaciones sanitarias especiales y preferentes.

A resultados del razonamiento realizado se formuló a la Dirección Gerencia del hospital la siguiente **Recomendación** (aceptada):

*“Que se revise el procedimiento establecido para la solicitud de asistencia bucodental de personas discapacitadas que requieren sedación profunda o anestesia general, clarificando el itinerario de derivación al hospital y la fórmulas de prestación del consentimiento, y se garantice el conocimiento del mismo por parte de todos los dispositivos que intervienen en este proceso asistencial.*

*Que se realice un seguimiento continuado de los pacientes que se encuentran incluidos en lista de espera y se promueva su asistencia conforme al criterio de prioridad establecido por el facultativo.*

*Que se establezcan los medios adecuados, incluida la ampliación de la programación quirúrgica con esta finalidad, para que se garantice el acceso a esta prestación sanitaria en plazos razonables.”*

#### 2. 1. 10. Responsabilidad patrimonial.

Con ser reprochable el hecho de que los expedientes de responsabilidad patrimonial tramitados como consecuencia de presunta omisión o negligencias en la prestación de la asistencia sanitaria sean objeto de demoras en su tramitación (sólo justificable en los casos de mayor complejidad de los mismos), no puede ser menor la crítica cuando a lo anterior se suma la inactividad administrativa mediando el silencio administrativo, como es el caso que aquí incorporamos a este Informe Anual.

Así, en el expediente de **queja 10/216** compareció en esta Institución la interesada al objeto de requerir nuestro interés en relación con su expediente de responsabilidad patrimonial tramitado por el Servicio Andaluz de Salud, por causa de negligencia médica que a su entender determinó el fallecimiento de su marido en un hospital dependiente de dicho organismo.

En concreto nos comentaba que en el año 2007 había formulado recurso de reposición contra la resolución desestimatoria del mismo, y que a pesar del tiempo transcurrido no se le había notificado la resolución de aquél.

Por parte del Servicio de Aseguramiento y Riesgos del SAS se emitió informe a nuestro requerimiento, por el cual se nos indicó que la resolución del expediente promovido por la interesada se produjo en Abril de 2007. El mes siguiente planteó recurso de

reposición contra la mencionada resolución, y en septiembre se instó la resolución expresa del expediente.

En este sentido el informe comentado continúa señalando que el 4 de septiembre se dio respuesta a la interesada a través de un escrito en el que se le comunicaba que el recurso de reposición, conforme a lo previsto en los arts. 116 y 117 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, tiene carácter potestativo, y que el plazo máximo para dictar resolución en el mismo es de un mes, transcurrido el cual se entenderá desestimado, empezando a contarse el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo en estos casos desde el día siguiente a aquél en que deba entenderse presuntamente desestimado.

También se nos indica que en diversas ocasiones por parte de la interesada se solicitó respuesta a su recurso de reposición, reiterándose el Servicio referido en lo ya manifestado con anterioridad, por última vez en concreto el pasado 20 de Enero.

Concluye el informe afirmando que se ha informado suficientemente a la interesada sobre la desestimación de la resolución y del recurso de reposición.

Pues bien el relato de los hechos realizado nos suscita la realización de las siguientes consideraciones:

a) El artículo 31 del vigente Estatuto de Autonomía de Andalucía (LO 2/2007 de 19 de Marzo), reconoce el derecho de la ciudadanía a una buena administración, insertando dentro del mismo el derecho de todos ante las Administraciones Públicas a que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable.

Dentro de la exigencia estatutaria, evidentemente, hay que incluir la obligación de resolver los asuntos planteados a la Administración.

b) El art. 42 de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), establece la obligación de la Administración de dictar resolución expresa sobre el fondo en todos los asuntos que conozca, obligación que persiste incluso con posterioridad al término del plazo legalmente establecido, ya sea en el seno de la primera instancia administrativa o del recurso contra las resoluciones recaídas en aquélla.

En este sentido, cabe citar la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de 13 de Enero, de reforma de la Ley 30/1992:

«Igualmente, se concibe el silencio administrativo negativo como ficción legal para permitir al ciudadano interesado acceder al recurso contencioso-administrativo, aunque, en todo caso, la Administración pública tiene la obligación de resolver expresamente, de forma que si da la razón al ciudadano, se evitará el pleito (...).

No podemos olvidar que cuando se regula el silencio, en realidad se está tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración que diseña la propia Ley. Pues bien, esta situación de falta de respuesta por la Administración –siempre indeseable– nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano, sino que, equilibrando los intereses en



presencia, normalmente debe hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas».

Entendemos que, más allá de las explicaciones que se contienen en su informe, no se ha cumplido este mandato legal directo por el Servicio Andaluz de Salud, quien no ha resuelto, estimando o desestimando total o parcialmente, el recurso interpuesto.

c) El artículo 116.1 de la LRJPAC expresa que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo.

Hemos de reseñar que la opción de elegir entre acudir directamente a los tribunales o interponer un recurso de reposición corresponde al administrado, en ningún caso a la Administración. Y es que entendemos que existe un error en la apreciación por parte de esa Administración de la verdadera naturaleza del recurso de reposición. El calificativo de “potestativo” que se da al mismo no significa que la Administración pueda, a su albur, resolver o no resolver, lo cual entra en franca contradicción con la letra del artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, sino que es el ciudadano el que puede o no utilizar dicho recurso administrativo, bien continuando en la vía administrativa –como sucede en el presente supuesto- o bien comenzando la vía contencioso administrativa, de acuerdo con la literalidad del artículo 116.1 de la citada ley. Todo ello en el bien entendido de que la opción corresponde al ciudadano, no a la Administración.

d) El artículo 117.2 de la mencionada Ley 30/1992 expresa que el plazo máximo para dictar y notificar resolución del recurso de reposición será de un mes.

El plazo arriba transcrito ha sido rebasado con creces por el Servicio Andaluz de Salud en el presente caso.

e) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la de Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo ha señalado, en reiteradas ocasiones, que el plazo de seis meses para interponer recurso contencioso administrativo contra resoluciones presuntas de la Administración debe interpretarse de forma flexible, de modo que el incumplimiento de la obligación de resolver que pesa sobre la Administración en ningún caso debe favorecer a la misma, admitiendo los recursos interpuestos más allá de dicho plazo cuando se ha incumplido la obligación de resolver y se ha utilizado al mecanismo del silencio administrativo.

Las consideraciones expuestas nos permitió realizar a la Dirección Gerencia del SAS **Recordatorio** de deberes legales, por entender vulnerado los siguientes preceptos:

· De la Ley 30/92, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común: arts. 42 y 117.

Con el mismo fundamento normativo se le dirigió también la siguiente **Recomendación**:

*“Que se resuelva a la mayor brevedad el recurso de reposición interpuesto por D<sup>a</sup> Adela Cuenca Escalera contra la resolución recaída en el*

*expediente de responsabilidad patrimonial 98281, procediéndose a la correspondiente notificación de la misma”.*

Resolución pendiente de respuesta al día de la fecha.

## **2. 2. Consumo.**

Las reiteradas quejas que desde el sector asociativo en defensa de los derechos de los consumidores se nos dirigían como consecuencia de la restrictiva interpretación que desde la Administración se hacía respecto a su participación como interesados en los procedimientos instados por sus socios, vedándoles el conocimiento de la iniciación y resolución recaída en los mismos, obligó a esta Institución a postularse sobre tan crucial tema, toda vez que la cuestión afecta a la legitimidad de estas entidades.

En este sentido, la Asociación de Consumidores y Usuarios en Acción de Sevilla (en adelante, FACUA), ha venido reclamando su derecho a conocer el estado de tramitación de los procedimientos sancionadores iniciados como consecuencia de su previa denuncia, así como el contenido de la resolución finalizadora del procedimiento.

La Asociación de Consumidores FACUA presentó las referidas quejas, a la vista de que en todos los casos objeto de las mismas, había puesto en conocimiento de la Administración competente, hechos presuntamente constitutivos de infracción administrativa en materia de consumo, mediante la formalización de la oportuna denuncia del establecimiento implicado, dando lugar a la incoación de procedimiento sancionador cuya iniciación le fue efectivamente notificada, si bien la Administración se negaba posteriormente a informar a la Asociación sobre si el expediente incoado había terminado o no por sanción y, en caso afirmativo, la naturaleza y cuantía de la sanción impuesta y la firmeza de la resolución.

A estos efectos, FACUA fundamenta su derecho a tener acceso al conocimiento de esta información, en su condición legal de interesada en el procedimiento sancionador, como titular del interés legítimo colectivo que en su calidad de Asociación de defensa de los derechos de los consumidores y usuarios le compete, sobre la base del artículo 31.2 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; condición legal de la que se derivaría, en consecuencia, el derecho que el artículo 35.a) de la misma Ley reconoce a los interesados a conocer en cualquier momento el estado de la tramitación del procedimiento sancionador, máxime cuando todos ellos se iniciaron a su instancia, así como, por otra parte, reclama el genérico derecho de acceso a los archivos y registros por parte de los ciudadanos, que se desprende expresamente de los artículos 35.h) y 37 de la Ley 30/1992.

Planteado el problema en los términos expresados por la reclamante, esta Defensoría recabó los siguientes informes:

- De la Delegación Provincial de Córdoba de la Consejería de Salud (en la queja 10/3544), que evacuó dicho requerimiento en el sentido que consta en el informe elaborado como “Nota interior de comunicación” del Servicio de Consumo, de 13 de Septiembre de 2010.

- De la Dirección General de Consumo de la Consejería de Salud (conjuntamente en las quejas 10/3545, 10/3546 y 10/3547), que lo expidió el 04 de Octubre de 2010.

La postura defendida por la Administración en la controversia que nos ocupa y manifestada tanto en los informes requeridos, como en previas notificaciones dirigidas a la reclamante que obran entre la documental integrante de estos expedientes de queja, toma como núcleo central la consideración de que, ni desde un punto de vista restringido ni desde una interpretación amplia, FACUA ostenta, en los procedimientos sancionadores instruidos, la condición legal de interesada a que se refiere el artículo 31.2 de la Ley 30/1992, ya que la titularidad de intereses legítimos colectivos sólo puede ostentarla, por expresa previsión del precepto citado, “en los términos que la Ley reconozca”, siendo así que, por lo que a dicha Asociación afecta, la remisión ha de entenderse referida a la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, que entre los derechos que a las organizaciones o asociaciones de consumidores y usuarios reconoce en su artículo 31, no contempla el de ser titular de intereses legítimos colectivos en el específico procedimiento sancionador.

Asimismo aduce la reclamada que la actuación como denunciante de los hechos que posteriormente provocan la iniciación del procedimiento sancionador, no otorga a aquél la cualidad de interesado ni las facultades ínsitas a dicha condición (participación en el procedimiento y sus actuaciones, facultad de recurrir la resolución recaída, etc.), correspondiendo al citado denunciante, a lo sumo, la posibilidad de conocer la resolución finalizadora del expediente cuando pueda quedar incardinado en el concepto de “denunciante cualificado” por ostentar interés legítimo derivado del beneficio o perjuicio que de la misma pudiera resultarle. Manifestando en apoyo de su postura que ni siquiera la denuncia vincula a la Administración a efectos de quedar ésta obligada, a instancia de parte, a la incoación de expediente sancionador, para lo que cita el artículo 11.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que regula el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

Por último alega la Administración informante, que ni en los artículos 127 y siguientes de la Ley 30/1992, reguladores de la potestad sancionadora, ni en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de Agosto, relativo al Reglamento para el ejercicio de dicha potestad, se contempla la posibilidad de notificar al denunciante la resolución finalizadora de un procedimiento sancionador, que queda limitada a los “interesados”.

Delimitado el debate en los términos expresados en el punto anterior, esta Defensoría considera oportuno y conveniente reexaminar jurídicamente la problemática, dado que se trata de una cuestión que se repite sistemáticamente entre reclamante y reclamada, aún cuando ya ha sido objeto de anteriores Resoluciones dictadas por esta Institución que, no obstante, merecen ser ampliadas para aportar ciertos matices a las posturas de las partes, a la vista de los nuevos datos aportados.

a) En primer lugar, y aún cuando en realidad consideramos que este extremo poco influye en la dilucidación de la cuestión central que se debate en las presentes quejas, es conveniente, no obstante, tratar brevemente sobre la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de la potestad sancionadora a que se refiere la propia reclamada para reforzar su posición.

En este sentido, alega la Administración competente en materia de consumo, a efectos de abundar sobre la irrelevancia del denunciante en el procedimiento sancionador, que por más que el denunciante sea quien, -en términos del artículo 11.1.d) del Real Decreto 1398/1993-, realice el acto de poner en conocimiento de la Administración la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa, dicha denuncia no vincula en ningún caso a la Administración, ni la obliga a la incoación de expediente sancionador. En justificación de lo cual se apoya en la dicción del artículo 11.2 del referido Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

Posición que no compartimos en los términos absolutos y categóricos en que se defiende, ya que la norma en cuestión, en estricta literalidad, señala que es la “petición” o propuesta de iniciación del procedimiento formulada por órgano administrativo incompetente para iniciarlo, la que no vincula al órgano competente para ello, no mencionando el precepto la “denuncia” como forma de iniciación no vinculante, por lo que, como la propia reclamada afirma en sus informes, citando el conocido aforismo jurídico, efectivamente, donde la ley no distingue, no debemos distinguir, ni extender el texto legal a conceptos no incluidos expresamente en el mismo.

Dicho lo anterior, es igualmente cierto que el procedimiento sancionador ha de iniciarse siempre de oficio, conforme al artículo 11.1 del Real Decreto 1398/1993, mediante el acuerdo adoptado al efecto por el órgano competente que, tampoco cabe duda, éste deberá necesariamente adoptar cuando, mediando denuncia al respecto, concurren los requisitos precisos para ello, ya que así lo impone el mismo artículo citado cuando añade que dicho acuerdo de iniciación tendrá lugar “por propia iniciativa o como consecuencia de... denuncia”.

De este modo, aun cuando el procedimiento se inicie exclusivamente de oficio, es evidente que no puede quedar a la mera voluntad de la Administración la realización u omisión a su arbitrio de las actuaciones tendentes a hacer cumplir la legalidad vigente, dejando impunes hechos que la infrinjan, cuando alguien a quien la norma legitima para denunciar los mismos, se haya preocupado en comunicarlos a quien debe sancionarlos, de resultar procedente. Lo que supone entender que la competencia que ostenta la Administración lo es exclusivamente para incoar el procedimiento sancionador, como acto administrativo formal de iniciación del mismo, sin que ello la legitime para decidir, arbitrariamente, ignorar el contenido de la denuncia y sustraerse a su obligación de reprimir las actuaciones infractoras.

Hay que recordar que, no en vano, los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución determinan el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho, y el artículo 9.3 sienta el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, lo que comporta que la reclamada, vinculada por el principio de legalidad, viene obligada a actuar frente a las infracciones administrativas en materia de consumo de las que tenga conocimiento, sin que pueda ampararse en el ejercicio discrecional de su potestad sancionadora cuando medie denuncia al respecto. Lo contrario, además del principio de legalidad referido, infringe los de igualdad y seguridad jurídica.

b) Al margen de lo anterior, el grueso de la controversia planteada vuelve a girar, una vez más, en torno al concepto de interesado en el procedimiento administrativo sancionador y, específicamente, sobre si cabe atribuir dicha cualidad a una Asociación que, además de actuar como denunciante en los expedientes iniciados a su instancia, está legitimada legalmente para actuar en nombre y representación de los consumidores y

usuarios, cuyos intereses generales tiene por función defender y proteger, pudiendo para ello ejercitar las correspondientes acciones judiciales y extrajudiciales (artículo 24.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en relación con el artículo 31.1 de la Ley 13/2003, de 17 de Diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía).

De este modo, la reclamante basa su condición de interesada en el artículo 31.1.a) y apartado 2 de la Ley 30/1992, que considera como interesados en el procedimiento administrativo a quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos colectivos, supeditando la titularidad de los citados intereses legítimos colectivos, cuando se trate de asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, a los términos que la Ley reconozca. Matiz éste que interpreta la reclamada, en el sentido de especificar que la ley de aplicación por remisión del precepto legal (Ley 13/2003), no reconoce a las asociaciones de consumidores legitimación como interesadas en el procedimiento sancionador.

Queda fuera de toda duda que las Asociaciones de Consumidores son efectivamente titulares de los intereses legítimos colectivos de los consumidores y usuarios, hasta el punto de que, como ya se ha expresado, los artículos 24.1 y 37.c) del Real Decreto Legislativo 1/2007, así como el artículo 31.1 de la Ley 13/2003, las califica como las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los mismos y ejercer las acciones que procedan. Entre dichas acciones tiene lógica cabida la de promover el inicio del procedimiento sancionador, de conformidad con el Real Decreto 1398/1993, es decir, mediante la denuncia de las actuaciones que estime incurren en la infracción de los derechos de los consumidores y usuarios.

Partiendo de esta base y avanzando un paso más, si las Asociaciones de Consumidores, por razón de su función, están específica y especialmente interesadas en promover la actuación de la Administración competente, mediante la denuncia de los hechos infractores de los derechos de los consumidores y usuarios, en la confianza de que, constatados por la segunda, serán reprimidos mediante la resolución oportuna, en beneficio de los intereses colectivos y difusos que protegen directamente, no cabe sino colegir que, ciertamente, dichas Asociaciones tienen legitimación en todo cuanto se refiera al beneficio/perjuicio que afecte a dichos intereses.

Este beneficio/perjuicio, -que se toma como base para delimitar el concepto de interesado y los derechos más restringidos que se atribuyen a quien doctrinalmente se ha dado en llamar el “denunciante cualificado”-, en el caso de las Asociaciones de Consumidores y su legitimación en la defensa de intereses colectivos y difusos, no repercute de una forma directa en la esfera de cada uno de los consumidores y usuarios protegidos por la Ley, pero, en cambio, sí en la de la Asociación, ya que sólo teniendo ésta acceso a determinados aspectos del procedimiento puede comprobar la eficacia de su intervención denunciadora y, en su caso, la represión administrativa de la conducta atentatoria contra los intereses de los consumidores y usuarios, así como abstenerse de denunciar hechos que se revelen como irrelevantes, corregir las disfunciones en su actividad, comprobar si con la sanción de la desviación denunciada se ha conseguido la represión de la conducta infractora, etc.

No en vano, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios desempeñan una importante función de colaboración con la Administración que ésta no debería desdeñar,

colocándola al mismo nivel que un ciudadano denunciante cualquiera, sino en la posición cualificada que por su naturaleza, legitimación plural y fines le corresponden.

En esta línea puede citarse la doctrina del Tribunal Constitucional, que en Sentencia de 11 de Junio de 1983 indicó que la noción de interés legítimo no sólo contempla los intereses directos, sino también los indirectos, lo que supone que todo interés, individual o social, tutelado por el Derecho indirectamente con ocasión de la protección del interés general, puede considerarse un interés legítimo.

La STS de 8 de Abril de 1994 reconoce que el interés «existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico, o incluso de índole moral»; así como que «ese interés legítimo, que abarca todo interés material o moral que pudiera resultar beneficiado con la pretensión ejercitada (siempre que no se reduzca a un simple interés por la legalidad), puede prescindir ya, de las notas de personal y directo».

En el caso objeto de examen, hay que concluir que el interés de FACUA en el resultado del procedimiento sancionador, no puede quedar reducido al simple interés por la legalidad que cualquier ciudadano pueda ostentar en virtud de su mera condición de miembro de la colectividad social, ni entenderse como un mero deseo de que sean cumplidas las normas rectoras de la comunidad, ya que, en todo caso, está intrínsecamente ligado a la función legítima que dicha Asociación desarrolla como tal.

No obstante, aunque aceptemos que este interés legítimo en sentido amplio no comporta el reconocimiento de FACUA como “interesado” en sentido estricto en el procedimiento sancionador iniciado por su denuncia, y, por tanto, no pretendamos que se le reconozca su derecho a ser parte en éste, sí estamos convencidos de que existe una postura ecléctica razonable, en la que resulta indudable que la Asociación reclamante, como titular del mencionado legítimo interés amplio, tiene un interés real en el conocimiento de la resolución recaída en el procedimiento iniciado a su instancia, en la medida en que no persigue con ello un simple interés por la legalidad, sino un interés cualificado por la naturaleza de la función protectora de los consumidores y usuarios que funcionalmente le viene impuesta y que, entre otras actuaciones, materializa mediante la denuncia de las conductas presuntamente infractoras de sus derechos, siendo razonable que tenga que conocer la efectividad de su actividad delatora como medio de que pueda valorar sus actuaciones en el cumplimiento de su misión (además de otras finalidades).

En conclusión, los razonamientos expuestos en relación con una adecuada sensibilidad administrativa respecto de la labor que las Asociaciones de Consumidores, como FACUA, desempeñan en la defensa de los intereses colectivos y difusos y, como colaboradoras prácticas de la Administración en la defensa de la legalidad vigente, hace inexorable reconocer su derecho a que conozcan el resultado de su denuncia, mediante la notificación de la resolución que en el procedimiento sancionador iniciado a su instancia recaiga.

Lo que supone la necesidad de que se amplíe el status jurídico del denunciante, con objeto de que, sin dejar de ser tal, ni trasmutarse en parte en el procedimiento, se le atribuyan sin embargo derechos concretos, compatibles con su conceptualización, como el de



conocer la resolución de finalización del procedimiento (incluido su contenido y firmeza), al igual que conoció el acuerdo de iniciación del mismo.

Estando ello en consonancia con la regulación normativa de la materia, de manera que no sólo no está prohibido por la misma, sino que incluso se trata de un extremo reconocido expresamente en la legislación posterior al Real Decreto 1398/1993, dentro de la cual hemos de citar la siguiente:

- El artículo 20.3.g) de la Ley 13/2003, de 17 de Diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, que impone a las Oficinas de Información al Consumidor y Usuario la de «facilitar a los consumidores, así como a las organizaciones o asociaciones de éstos... información sobre sanciones firmes, impuestas en el plazo de tres años, por infracciones contra los derechos de los consumidores...». Contemplando, por tanto, expresamente, el suministro de información que esta Defensoría postula.

- La normativa autonómica en materia de potestad sancionadora que, prácticamente de forma unánime en todas las Comunidades Autónomas que han legislado sobre la materia, reconoce el derecho del denunciante tanto a recibir comunicación del órgano competente sobre la apertura o no del procedimiento, así como, de forma lógica, el de conocer la resolución que le ponga fin: Ley 2/1998, de 20 de Febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco en su artículo 34.4; Decreto 77/1993, de 26 de Agosto, por el que se aprueba el reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración Pública de la Comunidad de Madrid, en su artículo 14.3; Decreto 9/1994, de 8 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimientos sancionadores seguidos por la Comunidad Autónoma de Extremadura, en su artículo 15.3; Decreto 14/1994, de 10 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento a seguir por la Administración de la CA de Baleares en el ejercicio de la potestad sancionadora, en su artículo 6.4; y, por último, Decreto 189/1994, de 25 de Agosto, por el que se aprueba el Reglamento Regulador del Procedimiento Sancionador de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, en su artículo 13.2.

En el plano de la legislación sancionadora en materias sectoriales concretas, se preceptúa de forma explícita la publicidad de las sanciones firmes impuestas por ciertas infracciones administrativas, de donde resulta admitido sin reservas el conocimiento abierto del hecho típico, del infractor y de la consecuencia jurídica anudada, en los casos específicamente establecidos. Así se previene en el artículo 40.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de Agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en la Ley del Turismo de la Comunidad Autónoma de Andalucía 12/1999, de 5 de Diciembre (artículo 75.3).

A todo lo expuesto, ha de añadirse un argumento imputable a la propia reclamada, conforme al cual apreciamos que, aún cuando la Dirección General de Consumo niega taxativamente en sus informes el derecho de FACUA a conocer el modo de finalización del procedimiento ni, en su caso, la resolución recaída, hemos observado que su postura práctica es vacilante y confusa, por cuanto si bien hay expedientes en los que, efectivamente, niega información alguna a la denunciante (el de la **queja 10/3544**), en otros, en cambio, no pone reparos a proporcionarle la información relativa a la finalización del procedimiento por resolución, aunque no indique su contenido (así consta en la **queja 10/3545**, **queja 10/3546** y **queja 10/3547**).

Las consideraciones expuestas llevan a esta Defensoría, a efectuar a la Dirección General de Consumo de la Consejería de Salud, la siguiente **Recomendación**:

*“Que, conforme a los principios de buena administración y transparencia administrativa y no contrariando ello la legislación vigente, dé las instrucciones precisas para posibilitar que, en adelante, en los procedimientos sancionadores en materia de consumo iniciados por denuncia de una Organización o Asociación de Consumidores y Usuarios legítimamente constituida, la denunciante sea notificada tanto del acto administrativo de iniciación o no del procedimiento, como de la resolución finalizadora del mismo, incluyendo el contenido de dicha resolución y firmeza.*

*Que promueva una regulación expansiva de la consideración de las entidades asociativas en los procedimientos sancionadores instados por las mismas, conforme a la cual, las referidas asociaciones de defensa de intereses colectivos, sean conceptuadas como denunciantes cualificadas, a efectos de acceso al conocimiento de la iniciación y finalización del procedimiento administrativo.”*

Estando esta resolución pendiente de contestación.



**SECCIÓN CUARTA:  
QUEJAS NO ADMITIDAS Y SUS CAUSAS**



## **SECCIÓN CUARTA: QUEJAS NO ADMITIDAS Y SUS CAUSAS.**

### **I.- DE LAS QUEJAS REMITIDAS A OTRAS INSTITUCIONES SIMILARES.**

#### **SALUD**

En el Área de Salud fueron remitidas al Defensor del Pueblo distintas quejas, al darse en ellas los supuestos de falta de competencia de esta Institución para conocer de los hechos que nos trasladaban.

Como en años anteriores volvemos a destacar las quejas referidas a la asistencia sanitaria a mutualistas de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, así la **queja 10/2165, queja 10/2234 y queja 10/6282**, y la asistencia sanitaria en el extranjero, como la **queja 10/4098**.





## II.- DE LAS QUEJAS RECHAZADAS Y SUS CAUSAS.

### 2. FALTA DE COMPLETAR DATOS NECESARIOS.

En la **materia de Salud** fueron inadmitidas las quejas en las que no habían sido completados los datos o documentación solicitados a los interesados que se consideraban necesarios para su estudio, lo que imposibilitó la admisión a trámite y ulterior tramitación de las quejas.

Diversos son los motivos a que se refieren estas quejas, reseñándose a modo ilustrativo en materia de salud mental la **queja 10/643** y **queja 10/2321**, en derivaciones la no autorización (**queja 10/1220**) y el no reintegro de gastos (**queja 10/2235**), o en analíticas la pérdida (**queja 09/5894**) o su tardanza (**queja 10/433**).

### 4. NO IRREGULARIDAD.

Numerosas queja en **materia de Salud** no han sido admitidas a trámite al no observarse de los hechos que se nos trasladaba una actuación irregular por parte de la Administración.

Si bien podríamos hacer referencia a las muchas quejas en relación con la fecundación in vitro (**queja 10/1387**, **queja 10/3865**, **queja 10/4952** o **queja 10/5606**), también podríamos hacerlo en relación a la disparidad de asuntos que se nos trasladan, así en la **queja 10/996** se nos refiere el riesgo sanitario provocado por bebidas caducadas en una celebración, en la **queja 10/2899** se nos comunica la realización de una intervención quirúrgica sin resultados satisfactorios, en la **queja 10/3949** se nos refiere que las condiciones específicas de admisión en un restaurante suponen una discriminación por razón de sexo, en la **queja 10/5078** un taxista se muestra contrario a las ambulancias colectivas para el transporte de enfermos renales, o en la **queja 10/5079** donde el interesado solicita financiación para fármaco de deshabituación tabáquica.

### 5. JURÍDICO-PRIVADAS.

Respecto a los quejas que afectan a **Salud** no han sido admitidas a trámite las quejas en las que se nos trasladaban cuestiones a dilucidar entre particulares en las que carecía esta Defensoría de competencia.

Como en años precedentes son quejas en la que se nos plantean hechos relacionados con la asistencia sanitaria prestada por una entidad aseguradora (**queja 10/1218**, **queja 10/1703**, **queja 10/3065** o **queja 10/5603**); aunque la mayoría hacen referencia a temas de consumo, como la no devolución del dinero de un curso no realizado (**queja 09/6155**), la no sustitución de colchones defectuosos (**queja 10/1244**), la pérdida del dinero y crucero por quiebra de la agencia de viajes (**queja 10/2320**), la no reparación de avería en aire acondicionado (**queja 10/4809**) o el cobro indebido por la anulación de reserva de hotel (**queja 10/6096**).

### 6. SIN COMPETENCIA.

Escasos han sido los expedientes que en **materia de Salud** se han inadmitidos por falta de competencia de esta Defensoría, así en la **queja 09/6178** se solicita la

posibilidad de que por un Fisioterapeuta se pueda realizar una prescripción farmacéutica, en la **queja 10/408** se hacen una serie de sugerencias o comentarios a la entonces en trámite modificación de la Ley antitabaco, y la **queja 10/3920** en la que el interesado estaba disconforme con el alta recibida por la Inspección Médica.

#### *7. SUB-IUDICE.*

El escaso número de quejas en **materia de Salud** que no han sido admitidas a trámite por ser cuestiones ya judicializadas, se refieren a supuestas negligencias ocurridas en procesos asistenciales producidas hace años (**queja 10/664**) o amenazas sufridas a raíz de su denuncia (**queja 10/2696**).

#### *9. SIN RECURRIR PREVIAMENTE A LA ADMINISTRACIÓN.*

Diversas quejas en **materia de Salud** no han sido admitidas a trámite al tratarse de unos hechos relacionados con distintos aspectos de la asistencia sanitaria que no han sido planteados ante la administración competente, como pueden ser la denuncia de supuestas negligencias médicas (**queja 10/2174** y **queja 10/4314**), la solicitud de copia de su historia clínica (**queja 10/6009**) o el reintegro de gastos por asistencia sanitaria (**queja 10/2937** y **queja 10/3550**).

#### *10. SIN PRETENSIÓN.*

En **materia de Salud** se rechazó la admisión a trámite de quejas motivadas por su falta de pretensión, ya fuera por la generalidad de su planteamiento, como la **queja 10/3181** donde se nos envía un enlace de una publicación en relación a la problemática de los discapacitados, la **queja 10/3182** en la que se nos traslada de forma muy genérica la mala atención que reciben los ciudadanos, o la **queja 10/435** donde una determinada Plataforma asociativa se limita a trasladarnos la pretensión realizada al Congreso de los Diputados en relación a la Ley Ómnibus.

#### *11. TRANSCURSO DE MÁS DE UN AÑO.*

En el **área de Salud** nos encontramos con una queja significativa del motivo de inadmisión a trámite por haber transcurrido más de un año desde que ocurrieron los hechos, así en la **queja 10/3156** la interesada nos traslada una supuesta negligencia médica en la asistencia sanitaria ocurrida hace 23 años durante el embarazo de su hijo.

#### *12. DESISTIMIENTO.*

En el **área de Salud** las quejas que han sido objeto de cierre por el desistimiento del promotor de la misma, lo han sido por que con carácter previo a su admisión los interesados han comunicado que ha quedado satisfecha su pretensión ante la Administración, así la **queja 10/1004**, **queja 10/5621** y **queja 10/5628**.

## **TEMAS TRATADOS EN OTRAS ÁREAS TEMÁTICAS**

## **SECCIÓN PRIMERA: II. LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS ANDALUCES A TENOR DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA**

### ***El derecho a la salud de la población penitenciaria.***

Desde hace varios años las personas privadas de libertad en centros penitenciarios andaluces nos escriben cada vez en mayor número, exponiendo toda la amplia diversidad de problemas que les afectan, sin que falte ninguno; incluso las cuestiones familiares o de su vida privada las plantean buscando nuestra ayuda, nuestro consejo o algún tipo de mediación ante las autoridades penitenciarias que alivie su situación o acorte su libertad perdida.

Primero comienzan a escribir tímidamente; luego, conforme nos iban conociendo en mayor medida y en los últimos tiempos el número de los que acuden a nosotros supera cada año la cifra de las trescientas quejas, a las que aún hay que sumar algunas que nos llegan remitidas por asociaciones y también otras que iniciamos de oficio.

Si hablamos de los derechos constitucionales de las personas encarceladas, no podemos olvidar que la dignidad de la persona, los derechos individuales que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás (artículo 10.1 C.E.) han de estar continuamente presentes en nuestros trabajos de ámbito penitenciario. Porque si para toda persona detenida o presa rigen las salvaguardas constitucionales que se recogen en el artículo 17 (garantías en las detenciones, brevedad de éstas, derechos de información y asistencia jurídica) además de la presunción de inocencia de que todos gozamos, para las personas condenadas, la Constitución recuerda el mantenimiento de sus derechos constitucionales, cuando afirma -artículo 25.2- que «el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

Antes, el citado precepto ha señalado la orientación que han de seguir las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad: la reeducación, que elimine los factores criminógenos que pudieran presentarse en los internos, y la reinserción social de éstos.

Inmediatamente debemos conectar el mantenimiento de sus derechos constitucionales de que nos habla el precepto aludido con el principio de igualdad que cubre y ampara a todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna, por ningún motivo -como detalla el artículo 14 del texto constitucional- ni por "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" distinta de las que allí se enumeran. Por ejemplo, no puede darse discriminación alguna por el hecho de que una persona esté internada en un establecimiento penitenciario.

Y de ello queremos hablar aquí a propósito de las numerosas quejas que recibimos, que continuamos recibiendo, en materia de asistencia sanitaria, una de las más habituales en los escritos que nos hacen llegar los presos y sus familiares.

Por lo que llevamos visto, oído e investigado en estos últimos años, la sanidad penitenciaria entendida en su globalidad, y no sólo en el concepto restringido de la asistencia primaria en el interior de los centros, continúa siendo una asignatura pendiente

de la Sanidad Pública española desde una óptica constitucional como la que acabamos de citar y por mucho que admitamos que ha mejorado bastante, dentro y fuera de los centros.

Desde la perspectiva de los Defensores del Pueblo así se constató –la insuficiente mejora- entre los años 1985 y 1997; o sea, desde el Informe “Estudio sobre la situación penitenciaria en España” que puso de manifiesto gravísimas carencias sanitarias hasta ese otro estudio monográfico que el Defensor del Pueblo de las Cortes Generales hizo en la segunda fecha indicada (“Situación Penitenciaria y Depósitos Municipales de Detenidos en España”) en el que se llegó a afirmar, a propósito de la asistencia sanitaria, lo siguiente: *“El conjunto de prestaciones a que viene obligada la Administración Penitenciaria ha alcanzado un nivel aceptable. Tal evolución se aprecia más si se compara la situación en 1995 con la que había en 1987, y que recibió un amplio tratamiento en el estudio que efectuó entonces esta Institución”*. Y concluía *“los aspectos más graves que se reseñaban entonces se han corregido”*.

Ciertamente ha habido avances muy importantes en la atención primaria – pensemos tan solo en la sustitución de las viejas “enfermerías”, obsoletas, hacinadas y sin medios, por los Módulos Sanitarios modernos- y también en la especializada a partir de una mucho más importante colaboración de las Comunidades Autónomas y sus redes hospitalarias, pero si nos atenemos a los postulados constitucionales y a las previsiones de la propia Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento todavía queda mucho por hacer.

No olvidemos que una de las obligaciones básicas que impone a la Administración Penitenciaria la Ley Orgánica citada es la de «velar por la vida, la integridad y al salud de los internos» y que el Reglamento Penitenciario vigente, en su artículo 208, prescribe que a todos los internos sin excepción se les garantice una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población. Por aquí emergen de nuevo los preceptos constitucionales que antes mencionábamos (mantenimiento de derechos e igualdad).

Consecuentemente, el modelo de asistencia sanitaria del Reglamento de 1996, el vigente, pasa por una atención primaria, “con medios propios” o ajenos concertados –la tradicional Sanidad Penitenciaria- y una atención especializada a prestar por el Sistema Nacional de Salud, previéndose por el artículo 209 del Reglamento citado que «se procurará que aquellas consultas cuya demanda sea más elevada se presten en el interior de los Establecimientos, con el fin de evitar la excarcelación de los internos».

Y en cuanto a la asistencia especializada en régimen de hospitalización, «se realizará en los hospitales que la autoridad sanitaria designe, salvo en los casos de urgencia justificada, en que se llevará a cabo en el hospital más próximo al Centro penitenciario.

Los convenios y protocolos que se formalicen, conforme a lo previsto en el artículo 207.2, establecerán, al menos, las condiciones de acceso a la asistencia de consultas externas, hospitalización y urgencia, reflejando la programación de días y horarios de atención ambulatoria y los procedimientos a seguir para las pruebas diagnósticas».

Sin embargo este modelo actual está llamado a desaparecer, no sólo por un elemental respeto al principio de igualdad constitucional, sino también por las previsiones



contenidas en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (Ley 16/2003, de 28 de Mayo).

En efecto, la Disposición Adicional Sexta de la misma dispone la transferencia de los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias a las diferentes Comunidades Autónomas para su plena integración en los correspondientes servicios autonómicos de salud y se establecía, además, un plazo para ello: 18 meses desde la entrada en vigor de la Ley, plazo que finalizó el 30 de Noviembre de 2004 sin que dicha transferencia se haya realizado aún en ninguna Comunidad Autónoma.

Y ello a pesar de que, tras la expiración del plazo dado, el Congreso de los Diputados en una sesión de Marzo de 2005, aprobase una proposición no de ley que proponía lo siguiente:

«El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que vele para que el proceso de transferencia de la sanidad penitenciaria a las Comunidades Autónomas se realice con plenas garantías para la prestación del servicio, así como para asegurar el mantenimiento de la necesaria integración de la misma en el conjunto del sistema penitenciario, estableciendo los plazos y los medios precisos para ello».

Es evidente –y así se nos ha trasladado en los sucesivos encuentros con directivos penitenciarios- que dicha integración plantea dificultades importantes de diversa índole pero ninguna, ni la suma de todas, debe impedir, en nuestra opinión, que la sanidad penitenciaria se integre en el Sistema Nacional de Salud, terminando con una dualidad organizativa que todavía hunde sus raíces primeras en una época demasiado oscura en que los Servicios de Prisiones no eran precisamente un modelo a seguir (años cuarenta y cincuenta del pasado siglo).

Ha habido momentos en que hemos pensado que podría existir una resistencia corporativa interna, de los sanitarios penitenciarios a su integración en el Servicio Andaluz de Salud. Pero los datos que nos llegan no van en esa línea.

Por ejemplo, en el reciente VIII Congreso Nacional de Sanidad Penitenciaria celebrado en Sevilla, en Noviembre de 2010, simultaneado con las XIV Jornadas de la Sociedad Española de Sanidad Penitenciaria que engloba a una gran parte de los sanitarios penitenciarios, hubo destacadas intervenciones, apoyando la integración y denunciando la marginación del personal sanitario de prisiones. En este sentido se pronunció, por ejemplo, el presidente de la citada Sociedad.

Y en el número especial de la Revista Española de Sanidad Penitenciaria, dedicado a las Ponencias y Comunicaciones del citado Congreso, se incluía un editorial que tras afirmar que *“la Sanidad Penitenciaria Española constituye una singularidad dentro del Sistema Nacional de Salud y su aislamiento respecto a los sistemas autonómicos responde a criterios decimonónicos ...”*, establece un paralelismo entre el proceso seguido con los maestros de prisiones y con los sanitarios.

*“Se ha procedido a la integración del cuerpo de maestros de Instituciones Penitenciarias en la Administración educativa competente de las comunidades autónomas, en un proceso tortuoso que se prolongó durante más de diez años en la Comunidad Autónoma Andaluza y que supuso durante ese tiempo un*

*deterioro manifiesto de la calidad de la enseñanza. Posteriormente estos profesionales han quedado integrados en las estructuras educativas autonómicas, normalizándose la enseñanza y mejorando el proceso educativo de los internos.*

*Desgraciadamente en la Sanidad Penitenciaria esto no ocurre así. Pese a las manifestaciones de voluntad política y apoyo a esta integración que parten sobre todo de la Administración Central, la realidad se impone, y salvo Cataluña con competencias en materia penitenciaria transferidas hace años, el resto del Estado Español no encuentra el momento de cumplir la Ley”.*

Y más adelante concluyen: *“el aumento de la población penitenciaria y la constante huida de profesionales sanitarios hacia otros destinos profesionales más atractivos hace insostenible el modelo actual de Sanidad Penitenciaria y, la única solución posible es la integración en los sistemas autonómicos de salud”.*

Ésta es una situación que nos preocupa y no porque pensemos que la integración de que hablamos vaya a ser la panacea a todos los problemas sanitarios que se siguen detectando en las prisiones españolas y andaluzas en particular. Y con un ejemplo puede bastar, un ejemplo que en principio no parece achacable ni a la Sanidad Penitenciaria ni al Servicio Andaluz de Salud pero que pone de manifiesto un grave problema de coordinación entre ellos.

En casi todos los Informes Anuales, en la parte reservada a las actuaciones penitenciarias, aparecen incluidas menciones, más o menos extensas, al problema de las pérdidas de cita para que los internos puedan acudir a consulta de especialistas o a realizarse determinadas pruebas que no es posible realizar en los Módulos Sanitarios de sus respectivas prisiones. Es un problema que en Andalucía, y también en otras Comunidades Autónomas, no se da por igual en todos los establecimientos penitenciarios. Sí en aquéllos en que los traslados y custodias corresponden a la Policía Nacional; no así en los casos en que dichas funciones corresponden a la Guardia Civil.

En los últimos años ha sido tan frecuente esta problemática en las prisiones de Sevilla I y Jaén que, sumamente preocupados, hubimos de hacer una consulta a la Fiscalía Superior de Andalucía, sobre posibles responsabilidades penales derivadas de tan frecuentes pérdidas de cita.

Creemos que nuestros argumentos y la exposición de algunos hechos pueden ser suficientemente ilustrativos de la gravedad del problema. Nuestra consulta se exponía así:

*“1º) Desde hace años recibimos numerosas quejas de internos de la prisión de Sevilla 1, quienes teniendo concertadas citas con médicos especialistas de diferentes Centros Hospitalarios de Sevilla, las pierden porque a la hora de ser conducidos al Hospital, por agentes del Cuerpo Nacional de Policía, éstos no se presentan. El interno afectado tiene que volver a solicitar cita y empieza otra vez el ciclo, que suele repetirse en varias ocasiones más.*

*También hemos recibido quejas desde otras prisiones, aunque no tan numerosas. Como luego se dirá, los porcentajes de pérdidas de citas con*

especialistas por el motivo indicado son muy elevadas solamente en Sevilla y Jaén.

2º) Todas estas quejas son admitidas a trámite por nuestra Institución y, tras diferentes gestiones, los internos afectados –enfermos de diferente gravedad- suelen terminar siendo atendidos aunque de un modo extemporáneo en claro perjuicio de su salud y de su integridad física. Y por supuesto, y lo ponen de manifiesto en sus cartas, con un profundo sentimiento de indefensión, especialmente cuando son víctimas reiteradas de estas pérdidas de citas, unas para consultas y otras para la realización de diferentes pruebas diagnósticas.

3º) El asunto es antiguo y suficientemente conocido tanto en las Subdelegaciones del Gobierno de Sevilla y Jaén, como entre los mandos policiales; en la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias; en los Equipos Directivos de los Centros Penitenciarios afectados y en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. De este problema se han hecho eco los medios de comunicación y diferentes Asociaciones.

4º) En la reciente Jornada de Trabajo que mantuvimos esta Institución y los diferentes Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, presentamos una ponencia sobre diversos aspectos de la Asistencia Sanitaria que se presta a las personas encarceladas e incluimos en la misma un cuadro ilustrativo de cómo se presentaba este problema en los diferentes Centros Penitenciarios Andaluces, con datos de todo el año 2008.

La situación más grave se daba en Sevilla 1 con pérdidas de citas, por este motivo, del 40% de las programadas.

En el Hospital Psiquiátrico Penitenciario, ubicado justo al lado de Sevilla 1, las pérdidas de cita ascienden al 21%, si bien hay que tener en cuenta que afectan a muy pocos internos, al ser escasa la población que acoge dicho establecimiento.

En la prisión de Jaén, la situación es también muy grave con pérdidas de citas que ascendieron en 2008 al 32%. En 2009, según datos muy recientes proporcionados por su Dirección, en Jaén se perdieron por ese mismo motivo el 33% de las citas concertadas. La prisión de Jaén alberga la mitad de internos, aproximadamente, que la de Sevilla 1; su población se acerca a las 800 personas.

En las demás prisiones el problema o no se presenta (allí donde es la Guardia Civil la encargada de estos traslados) o se está reconduciendo, como ocurre en Córdoba o Huelva.

En definitiva, según todos estos datos, indubitados por sus propias fuentes, el problema se produce de manera continua y alarmante en la provincia de Sevilla (para Sevilla 1) y en la de Jaén para su único Centro Penitenciario.

5º) A efectos ilustrativos, una de las últimas quejas recibidas de Sevilla 1 por este motivo y que tramitamos con el nº 10/1290, nos la envía ... esposa del interno, en situación preventiva, ... . La reproducimos casi íntegramente porque

es paradigmática de una situación que se viene repitiendo en internos de dicho Centro:

“1) Mi marido se encuentra internado en el módulo ... del Centro Penitenciario de Sevilla desde el pasado día ... a consecuencia de un accidente de tráfico en el que la persona que iba de copiloto falleció, por lo que permanece allí acusado de homicidio por imprudencia.

A consecuencia de dicho accidente, tuvo que ser intervenido quirúrgicamente de su mano derecha, haciéndole un injerto de hueso en la misma. Tras darle el alta, le dieron cita para **el día 26 de enero** en consultas externas, pero llegada la fecha, y habiendo sido tramitada la salida desde el Centro, **la policía no compareció** para realizar dicho traslado, por lo que no le llevaron a revisión.

El lunes, 8 de febrero, le llevaron de urgencia a dicho hospital al comprobar que tenía un gran edema en la mano, y una vez allí, le retiraron las agujas que llevaba implantadas, dejándole en observación hasta el día siguiente.

Cuando tuve conocimiento del tema, me personé en el hospital para hablar con la doctora que le atendió, la cual me indicó que es importante que acuda a las revisiones del traumatólogo, ya que ha sido una intervención delicada que incluye injerto de hueso, y una posterior rehabilitación. **Le dieron cita para hacerle una radiografía el martes, día 23 de febrero, pero tampoco le llevaron a hacérsela.** La siguiente cita fue para el martes 2 de marzo con el traumatólogo, debiendo estar allí una hora antes para que le hiciesen la radiografía que no le habían realizado el día 23.

**Llegó el día 2 de marzo y tampoco le llevaron al hospital,** por lo que a fecha de hoy sigue con el brazo inmovilizado y los dedos pulgar e índice muy hinchados; el médico del centro penitenciario solicita las salidas, pero según dicho centro, la policía no comparece por falta de efectivos (o al menos ésa es la información que le dan a mi marido). He de decir que el médico de prisión le atiende correctamente, pero al no ser especialista en traumatología, no puede hacer nada al respecto.

Mi marido está de baja y soy yo quien va a recoger sus partes semanales al médico de familia. Le he preguntado qué ocurre si no tiene un seguimiento por el traumatólogo correspondiente y la rehabilitación necesaria. Me ha contestado que lo más probable es que tengan que operarle de nuevo.

2) El otro tema que le preocupa bastante es el de su salud bucodental. Miguel está siendo objeto de un tratamiento dental en la clínica ... desde el mes de julio del pasado año. En este momento sólo tiene en la boca los tornillos de los implantes que le tenían que haber puesto el día 29 de diciembre, día en que ingresó en el Centro Penitenciario.

Como ese día no pudo acudir a la cita, pedí una nueva. Se la dieron para **el 27 de enero del año** en curso a las 10 de la mañana. **Llegada la hora, de nuevo la policía no acudió a trasladarle. Pedí una nueva cita; fue el 3 de febrero.** En este caso, pedí que fuese por la tarde, a las 16 horas, ya que nos

habían indicado que sería más fácil así, debido a que por la mañana se hacen muchos traslados hasta los juzgados y eso hace que se necesiten más efectivos. **Tampoco le llevaron ese día.**

**Pedí una nueva cita. Para el día 10 de marzo a las 16:30 horas.** Pero visto que por el cauce normal no le trasladaban a ponerle sus dientes, Miguel puso el tema en conocimiento del juez de vigilancia penitenciaria por medio de un escrito. En la visita que le hice el día 6 de marzo me entregó copia de dichos documentos, los cuales envié por fax yo también al juez, el día 8 de marzo. Pero llegó el día señalado, y tampoco le trasladaron.

En este momento no posee ni un solo diente (lo puede comprobar), lo que conlleva una gran dificultad para ingerir alimentos, así como su posterior digestión; la comida triturada le provoca vómitos, por lo que tiene que conformarse con la alimentación normal.

La dentadura superior está en la clínica, esperando solamente a que le lleven para ponérsela, y ese mismo día le probarían la inferior, la cual una vez realizados los ajustes correspondientes, le pondrían a la semana siguiente.

Las prótesis ya han sido pagadas, algo que hemos hecho con mucho esfuerzo y trabajo, ya que son miles de euros los que hemos tenido que desembolsar, exactamente ocho mil cuatrocientos ochenta euros, lo que aumenta nuestro sufrimiento, al ver que no le trasladan para que se las puedan poner, ya que hemos hecho el gasto, y sigue sin dientes ...”

Todos los extremos que se narran en esta queja han sido comprobados como ciertos: el interno en cuestión perdió 6 citas en apenas mes y medio; con las graves consecuencias que se deducen del escrito.

Además de esta queja, en estos mismos días tramitamos la nº 10/532 afectante al interno ..., que perdió cuatro citas entre los meses de Enero y Febrero de 2010 en el servicio de Urología Oncológica del Hospital Virgen Macarena de Sevilla, y la última recibida hasta ahora es la nº 10/1732, que afecta al interno ..., quien ha perdido, al menos, sus citas del 16 de Enero y 23 de Marzo del presente año, para hacerse una ecografía en el Hospital Virgen del Rocío de Sevilla.

En los últimos diez años se repiten continuamente quejas de este tipo, llegadas desde diversas prisiones pero cada vez más centradas en la de Sevilla 1, como antes se ha indicado.

6º) Constatamos la reiteración de estas conductas, las graves consecuencias que acarrear para la salud de los internos afectados, y aún más cuando se repiten una y otra vez en un mismo interno, la impotencia y desmoralización que le causan hasta el punto de que muchos nos escriben manifestando que se encuentran indefensos.

Por otra parte, tanto la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias como los Directores de los Centros Penitenciarios afectados y sus Subdirectores Médicos nos expresan también su perplejidad e impotencia ante estas continuas

*desatenciones por parte de la Policía Nacional. Ellos, aseguran, hacen todo lo que tienen que hacer pero no ven la manera de que esto se corrija.*

*7º) Por todo ello, nos planteamos si personas concretas pueden estar incurriendo en algún tipo de responsabilidad penal, por omisión del deber de socorro, por denegación de auxilio, por ocasionar vulneración de derechos constitucionales o por someter a los internos que esperan ser atendidos a tratos inhumanos o degradantes. Y por este motivo, y en este sentido, elevamos a esa Fiscalía Superior de Andalucía una CONSULTA para que se dictamine si tales hechos pudieran ser constitutivos de delito a cargo de personas concretas.*

*Por nuestra parte, damos traslado de esta consulta al Delegado del Gobierno en Andalucía para su conocimiento y oportunos efectos”.*

Como puede observarse, el caso que se ofrece como paradigma no puede ser más triste. Seis citas perdidas en menos de dos meses para atender a un preso con una mano fracturada y sin poder comer por la pérdida de su dentadura. Otros casos no lo han sido menos.

Tanto la Fiscalía Superior como la Delegación del Gobierno han puesto mano sobre el asunto y se han comenzado a adoptar algunas medidas que veremos durante 2011 como repercuten en los centros más afectados y, en general, en todos.

Lógicamente no se puede pensar que éste sea un problema exclusivamente de la Policía Nacional. Pensamos que una mejor coordinación de ambas Sanidades –la general andaluza y la penitenciaria- podrían conducir a una mejor y más intensa prestación de asistencia especializada en los propios centros penitenciarios y pensamos, además, que la mejor coordinación vendría como consecuencia obligada de la integración de un solo cuerpo de sanidad, el autonómico, que debería poner cuanto esté de su parte para que la obligada integración se produzca.



## I. PERSONAL DEL SECTOR PÚBLICO

### 2.12. Personal Sanitario.

En este apartado del informe vamos a dar cuenta de aquellas quejas que se han dirigido a esta Institución, en el año 2010 a instancias del personal sanitario incluido en el ámbito de gestión del Servicio Andaluz de Salud.

Los temas que durante este año 2010 han generado más conflictividad, o que por su temática o por el número de personas afectadas merecen ser destacados, son los siguientes: reconocimiento de servicios prestados durante la baja maternal; no baremación como mérito en los procesos selectivos de los cursos impartidos por los sindicatos; situación de los hospitales ante la no cobertura de las bajas y vacantes; baremación como mérito de la experiencia docente en hospitales de la UE; irregularidades en el funcionamiento de la bolsa única; irregularidades en el desarrollo de los procesos selectivos a los distintos cuerpos sanitarios; denegación sistemática de permiso por antigüedad reconocido ya judicialmente; adaptación de plaza a personal discapacitado; revocación de resolución por la que se autorizaba a un funcionario la exención de guardias...

De entre los asuntos citados, por su interés, nos vamos a detener en el examen de los siguientes:

#### 2.12.1. Errores en la gestión de la Bolsa de Contratación –Categoría Celador-conductor, Turno minusválido- del Servicio Andaluz de Salud (SAS).

La **queja 07/2700** fue presentada por una persona minusválida, incluida en la Bolsa de Contratación del Servicio Andaluz de Salud, en la categoría Celador-Conductor, que consecuencia de los errores imputables a los gestores de la Bolsa, le habían impedido acceder a una contratación temporal, en beneficio de otros trabajadores con una menor puntuación.

De la completa y detallada información facilitada por la Dirección de Gestión Económica y Desarrollo Profesional, del Distrito Sanitario de Málaga, del Servicio Andaluz de Salud, se constata el reconocimiento por parte de la Administración de haber incurrido en un error administrativo al no contratarse, en primer lugar, al promotor de esta queja, por la reserva de discapacitado, debido a la falta de actualización de los listados de la Bolsa temporal de celadores conductores.

En consecuencia, procedimos a trasladar a la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional, del Servicio Andaluz de Salud, recordatorio de deberes legales sobre el cumplimiento de lo establecido al respecto sobre subsanación de errores y en su caso, reparación de perjuicios causados al interesado por la Administración, de conformidad con lo previsto por la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, en su redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de Enero, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, al mismo tiempo, Recomendamos la necesidad de adoptar las medidas oportunas para subsanar los errores reconocidos.

La citada Dirección General en su respuesta entiende que de verificarse que efectivamente se produjo una lesión de los derechos al interesado, dos son las vías que debió adoptar:

*“1) Impugnación ante el orden jurisdiccional competente. Siendo el hecho causante del daño un acto administrativo, resalta la circunstancia de que el mismo no fue, tras la desestimación por silencio administrativo, impugnado por el reclamante, ante la jurisdicción competente; esta falta de impugnación del acto administrativo determina la ficción de que el acto ha sido consentido por el interesado y éste viene obligado a soportar las consecuencias de sus propios actos.*

*2) Resarcimiento por la vía de la Responsabilidad Patrimonial. Si el Sr.-- entendía que el daño era susceptible de resarcimiento pudo ejercer la acción de responsabilidad patrimonial al amparo de lo dispuesto en el art. 139 de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, el daño alegado ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”. Conforme a este artículo y ss. se exige la concurrencia de determinados presupuestos para concluir que existe responsabilidad patrimonial de la Administración, entre ellos, el plazo como prevé el art. 142.5 de la misma Ley cuando establece que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.”*

Finalmente, por el titular de la Dirección General se justificaba la no aceptación de la resolución formulada amparándose en el instituto de la prescripción. Así, señala:

*“Procede, en primer lugar, determinar si en el presente supuesto ha operado o no el instituto de la prescripción. A este respecto, el propio interesado en su escrito de reclamación de 16 de Septiembre de 2004, ante la Bolsa de Contratación de la Delegación Provincial de Salud de Málaga, reconociendo las irregularidades administrativas que originan su denuncia, sitúa el inicio del cómputo del plazo prescriptivo, debiendo concluir que la acción para reclamar por la vía de responsabilidad patrimonial ha prescrito. Cabe añadir que el fundamento de la acción de responsabilidad patrimonial en la ilegalidad de una resolución de la administración que ha devenido firme por haber sido consentida por el administrado también impide apreciar la presencia del elemento de la antijuricidad, presupuesto asimismo concurrente para determinar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración “.*

#### 2.12.2. Denegación sistemática de permiso por antigüedad ya reconocido judicialmente

Fiel reflejo de la problemática que ilustra este apartado lo es la **queja 09/6183**.

En su escrito de queja la interesada exponía que prestaba sus servicios como médico en un hospital sevillano, (...) con plaza en propiedad como personal estatutario.

Manifestaba la interesada que en base a lo establecido en el art. 48.2 de la Ley 7/2007 de 12 de Abril del Estatuto Básico del Empleado Público, solicitó al Servicio Andaluz de Salud, (en adelante SAS) en Junio de 2008, la concesión de los seis días adicionales de permiso que por su antigüedad le corresponden.

No obstante, contaba la interesada que el SAS denegó dicho permiso obligándola a presentar recurso contencioso-administrativo.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo estimó el recurso de la interesada.

En consecuencia, explicaba la interesada que el SAS, en cumplimiento de la referida sentencia le concedió el permiso que tenía solicitado.

Comentaba la interesada que en el último año se habían producido numerosas sentencias de los distintos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo por recursos similares de otros compañeros a los que también el SAS les había negado dicho permiso y todas ellas habían sido favorables a los recurrentes.

A pesar de ello, denunciaba la interesada que al año siguiente –2009- solicitó al SAS los mismos días adicionales de permiso correspondientes, si bien, igualmente le fueron denegado le fueron denegados.

Dicha denegación, exponía la interesada, no le dejaba otra opción que volver a recurrir ante el juzgado de lo Contencioso- Administrativo.

Finalmente, manifestaba la interesada que actitud denegatoria del SAS se repetía sistemáticamente (...).

La presente queja se admitió a trámite, solicitando el preceptivo informe de la Dirección General de Profesorado y Gestión de Recursos Humanos.

En nuestra solicitud de información dirigida al mentado Centro Directivo, interesamos del mismo que se nos indicarán los motivos que justificaban o avalaban la posición mantenida por la Administración del SAS, en el sentido de denegar sistemáticamente los permisos solicitados por su personal en base a la antigüedad reconocida, cuando el derecho a su disfrute ya había sido declarado, si bien en periodos anteriores por los juzgados de los contencioso administrativo.

Pues bien, en su informe la Dirección General afectada, nos comunicaba los siguiente:

*“A la vista de la mayoría (que no unanimidad) de sentencias que estimaban los recursos planteados en vía judicial, esta Dirección General ha adoptado el criterio judicial rectificando el criterio hasta entonces mantenido, y mediante Resolución de 2 de Febrero del presente año ha incorporado al Manual normas y procedimientos en materia de vacaciones, permisos y licencias del personal de centros e instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud*

*este controvertido beneficio de días adicionales por razón de antigüedad, con lo que se debe poner fin a la situación de conflicto generada”.*

De la información recibida cabía deducir que el asunto plantado en queja se encontraba en vías de solución. En consecuencia, procedimos decretar el archivo provisional de las actuaciones.

### 2.12.3. Adaptación o reubicación de puesto de trabajo por razón de discapacidad

Ilustra la problemática comentada la **queja 09/6218**. En esta queja la interesada exponía que había solicitado a la Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir de Montilla, la necesidad de que se le concediese la plaza de minusvalía de su misma categoría, que al parecer, estaba vacante.

Exponía la interesada que con posterioridad a su ingreso como trabajadora indefinida en la citada Empresa Pública se le diagnosticó una discapacidad del 42%, por lo que estaba realizando tareas impropias de las patologías que padezco. Este hecho, consideraba la interesada que suponía una vulneración de los derechos que la ley le reconocía en atención a su discapacidad, principalmente, la adaptación en su puesto de trabajo, a la que tan siguiera, denunciaba la interesada, los órganos de la Empresa se había pronunciado para denegar o conceder lo solicitado, sometiéndola a un silencio administrativo, en su opinión, inaceptable.

Esta queja fue admitida a trámite, solicitándose la Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir la información necesaria sobre la cuestión denunciada.

Recibido el informe de la citada Empresa Pública, observamos que dicho organismo había llevado a cabo una exhaustiva investigación, en la que habían intervenido el Área de Prevención de Riesgos Laborales y el Área de Medicina Preventiva.

Dada la extensión del mentado informe, a continuación procedemos a transcribir los aspectos más destacados del mismo:

*“(…) Se puede afirmar que a la trabajadora se le ha realizado un seguimiento continuo de su estado de salud, y de la adecuación de su puesto de trabajo, tanto por el Área de Medicina Preventiva como por el de Prevención de Riesgos Laborales de la Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir, siguiendo incluso, como sucede con cualquier minusvalía que es comunicada a la empresa Pública el procedimiento establecido en la misma para la Protección de Personal Especialmente Sensible. Han sido valoradas las secuelas que presentaba la trabajadora a nivel de miembros inferiores consecuencia de proceso sufrido en la infancia. Además, se han tenido en cuenta las tareas que realiza en el puesto de trabajo de celador en Consultas Externas, y la evaluación específica de riesgos por carga física realizada por el Área de Prevención de Riesgos Laborales (en el que se objetiva el puesto de Celador de Consultas externas como el puesto de celador de menor carga física y bipedestación existente en el centro), y se ha concluido que dicha trabajadora es apta para el puesto de trabajo que ocupa en el área de Consultas Externas, no estimándose la necesidad de restricción o readaptación del puesto de trabajo, siempre que se sigan las recomendaciones generales dadas para el puesto con objeto de minimizar y prevenir los riesgos de carga física como el empleo de transfer, los*

*medios mecánicos de transporte, así como la solicitud de ayuda a compañeros para la movilización de pacientes más dependientes.*

*Debe advertirse que, dentro del entorno jurídico laboral en que se desenvuelve el trabajo en la Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir, la totalidad del seguimiento que ha sido descrito, se ha llevado a cabo con pleno conocimiento de la trabajadora, procediendo a la contestación de las solicitudes que la misma ha realizado por parte de los distintos responsables de las Áreas implicadas, así como sus responsables inmediatos directos (supervisores, directores de enfermería, etc.) quienes directamente la han atendido siempre que ha sido solicitado, o ha sido considerado conveniente o preceptivo de oficio a la luz de los hechos de los que la Empresa Pública tenía conocimiento.*

*En el seguimiento realizado a la trabajadora han intervenido las siguientes Áreas.*

- Prevención de Riesgos Laborales*
- Área de Medicina Preventiva de la Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir.*
- Director de Recursos Humanos.”*

Finalmente tras un análisis detenido de cuanto se nos trasladaba por la Empresa Pública afectada, hubimos de concluir que de acuerdo con los estudios realizados por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales y por el Servicio de Medicina Preventiva el puesto que ocupaba la interesada resultaba adecuado y compatible con la discapacidad que en un porcentaje del 42% tenía reconocida.

Entendía esta Institución que no existían argumentos que viniesen a restar validez a la información que se nos había trasladado por parte de la Empresa Pública. Pero es que además, esta Institución carecía de los medios personales y materiales necesarios en aras a cuestionar los dictámenes emitidos al respecto por los servicios especializados en la materia.

En consecuencia, informamos a la interesada que si era su intención continuar su reclamación en defensa de su pretensión de reubicación de puesto de trabajo en atención a su discapacidad, debía dirigirse a la jurisdicción de lo social, toda vez que es sede jurisdiccional dónde podría valerse de los medios de prueba documentales, testificales y periciales que resultasen necesarios en aras a acreditar su situación, desvirtuando así la posición mantenida por su empresa.

La presente queja fue archivada al no apreciarse irregularidad en la actuación de la Empresa Pública Sanitaria en relación con los hechos que motivaban la queja de la interesada ante esta Institución.

#### 2.12.4. Revocación Resolución por la que acordaba la exención de guardias al interesado.

La problemática que ilustra este epígrafe es fiel reflejo de la **queja 09/159**. En esta queja el interesado denunciaba que presentó solicitud de exención de jornada complementaria (guardias médicas) con motivo de alcanzar en el año 2009 la edad de 55

años, solicitud que fue atendida favorablemente dictándose Resolución por la que se concedía la exención de jornada complementaria y se le eximía de la obligación de realizar la misma con la consiguiente pérdida de retribuciones por este concepto, con efectos del día 5/8/2009, fecha en la que cumplía la edad de 55 años.

Sin embargo, contaba el interesado que por Resolución de fecha (...) se procedió de forma unilateral a revocar la anterior concesión, fundando dicha revocación en necesidades asistenciales y organizativas en base al número de facultativos con que contaba el servicio, la reducción de jornada de otros facultativos con posterioridad a su exención y la falta de disponibilidad de personal en la categoría profesional, lo que en modo alguno justificaba, en opinión del interesado, la resolución dictada.

Citaba el interesado en su queja el Decreto 21/2000, de 31 de Mayo, artículo primero que regula la exención de guardias médicas, del tenor literal que a continuación se reproduce:

«Los facultativos de atención especializada del Servicio Andaluz de Salud mayores de 55 años podrán optar entre seguir o no realizando guardias médicas, con la consiguiente pérdida de retribuciones por este concepto en el segundo de los supuestos. Esta exención será autorizada siempre que las necesidades del servicio así lo permitan».

No obstante, manifestaba el interesado que tales necesidades asistenciales habían de condicionar la autorización cuando se solicitaba inicialmente, lo que no cabía era que una vez autorizada por la administración la exención de la jornada, se actuase en contra de sus propios actos, revocando dicha resolución.

En su escrito, el interesado, dejaba señalada la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia Sala de lo Contencioso Administrativo, S 22-7-2009 «las exenciones de guardias no pueden quedar supeditadas a la modificación de las necesidades asistenciales, las cuales deben ser contempladas en el momento de resolver acerca de la concesión o no de la exención, pero que no afectan su subsistencia una vez reconocida» aduciendo además, que el reconocimiento del derecho a la exención por la resolución administrativa no se hace de forma temporal ni supeditada a ninguna condición revocatoria implícita, lo cual además no está previsto en las normas que la regulan»

Admitida a trámite la queja, nos dirigimos a la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional del Servicio Andaluz de Salud solicitando de dicho organismo la emisión del perceptivo informe en relación con la cuestión planteada. Y en particular solicitábamos conocer que amparo legal encontraba la revocación de una Resolución administrativa, en virtud de la cual se acordaba una reducción de jornada a un funcionario, y que ya había surtido sus efectos.

En respuesta a nuestra solicitud de información, el citado Centro Directivo, nos remite su informe, del que merecen ser destacados los siguientes aspectos.

*“En el derecho 21/2000, de 31 de Enero, sobre régimen jurídico de las guardias médicas (BOJA núm. 1, de 5 de Enero) y en la Orden de 10 de Mayo de 2000, sobre guardias médicas en los centros Hospitalarios del Servicio Andaluz de Salud (BOJA núm. 65, de 6 de Junio), en sus respectivos art. 1 y art. 2, se confirió la opción de hacerlas o no a los facultativos mayores de 55 años,*



*regulándose el procedimiento, y condicionando la autorización de la exención a que las necesidades del servicio así lo permitieran.*

(...)

*Subsiste, por tanto, la aplicabilidad de los referidos Decretos 21/2000 y complementaria Orden de 10 de Mayo de 2000. Ahora bien, basta una simple lectura de dicha Orden y más concretamente de su artículo 2 para verificar que el simple cumplimiento de la edad de 55 años no genera un derecho absoluto por parte del profesional para la exención de la realización de guardias médicas, hoy de jornada complementaria, sino que para acceder a ello la Dirección Gerencia del Hospital debe tener en cuenta las necesidades del servicio. Y han sido tenido en cuenta estas necesidades para revocar su concesión.*

*(...) A la vista de lo expuesto, y teniendo en cuenta las necesidades asistenciales y organizativas del Servicio de Radiología del Hospital de la Línea (Cádiz), en uso de las competencias atribuidas por el punto 2 del Acuerdo de 30 de Diciembre de 2003 anteriormente citado, en su intento de asegurar una mayor calidad en la prestación de los servicios que integran la misma, así como una mayor eficiencia en el uso de los recursos asignados, se revocó con fecha 18 de Diciembre de 2009 la exención que había concedido al Sr. (...) concurrir distintas circunstancias en la situación organizativa del servicio que reclamaban su presencia en jornada de guardia.”*

En estos momentos, el informe recibido se encuentra en fase de estudio y valoración.

No obstante podemos avanzar que, en principio, la normativa que se cita por la Administración sanitaria para justificar la revocación de la Resolución por la que se concede al interesado la exención de guardias, resultaría de aplicación a los efectos de la admisión o no de la solicitud de exención, si bien no parece que dicha normativa contemple la posibilidad de revocación de oficio de dicha exención, una vez reconocido el derecho, aunque existan problemas de personal.

Entendemos que en estos casos, existen otros mecanismos para cubrir la falta de personal en momentos determinados, que no supongan la lesión de un derecho ya reconocido a un funcionario.

En todo caso, antes de dictar un resolución en la queja, procede realizar un examen exhaustivo de la normativa aplicable, así como de la doctrina jurisprudencial existente sobre el asunto controvertido.

Dada la relevancia que este asunto podría tener, nos comprometemos a dar cuenta a esa Cámara en el próximo Informe de la Resolución que finalmente se adopte.

#### 2.12.5. Excedencia por cuidado de hijos.

Para ilustrar la problemática enunciada, sirva de ejemplo la **queja 10/2503**. En esta queja el interesado manifestaba que trabajaba como celador en la Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir (EPHAG) con contrato indefinido.



Contaba el interesado que, por otro lado se encontraba incluido en la bolsa de contratación permanente de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias-061, en la categoría de técnicos de emergencias sanitarias.

Explicaba en su queja que desde el 1-12-2008 hasta el 31-12-2008, pidió un permiso sin sueldo para trabajar en la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias-061, donde las guardias eran de 12 horas en turnos de día o de noche (10-11 guardias al mes), pudiendo hacerlas de 24 horas. De esta forma, decía, que podía reducir los días de trabajo, lo que facilitaba el cuidado de sus hijos. Continuaba explicando el interesado que al finalizar éste periodo, intento pedir una continuación de dicho permiso y se le denegó.

Manifestaba el interesado que en el mes de Abril de 2009, que se reunió con la Dirección de Recursos Humanos, a quien explicó su situación familiar y sus intenciones de trabajar en EPES, planteando la posibilidad de pedir una excedencia voluntaria. A dicha petición, desde el citado servicio se le propuso, según palabras del propio interesado, que se cogiera el tiempo sin sueldo que le quedaba pendiente al no haberlo podido disfrutar en su momento y que luego *“ya hablaríamos”*.

Desde el 1-7-2009 hasta el 30-09-2009 el interesado, según hacer constar en su queja, disfrutó de permiso sin sueldo para poder firmar un contrato de verano en EPES-061.

A mediados de Septiembre, contaba el interesado, que se reunió nuevamente con el director de RRHH, para comunicarle que le habían ofrecido otro contrato de un mes, planteándole la posibilidad de pedir una excedencia por cuidado de hijos. La respuesta, en esta ocasión, e igualmente según comenta el propio interesado, fue que se cogiera una excedencia por incompatibilidad, con el compromiso de no sacar su plaza a concurso hasta Septiembre de 2010 aproximadamente, fecha en la cual la empresa haría nuevos contratos indefinidos. Además, dice el interesado que se le informó que tenía la opción de reincorporarse al hospital al término de cada contrato, dependiendo del tiempo que se previera de falta de trabajo, hasta que llegada la fecha tope, tendría que incorporarse definitivamente o no tener ningún "privilegio" ante la excedencia por incompatibilidad.

Desde el 1-10-2009 hasta el 31-10-2009, disfrutó una excedencia por incompatibilidad con EPES-061. Tras finalizar el contrato, estuvo 19 días sin trabajar al no poder incorporarse en el hospital *“por comunicación verbal del director de RRHH, -se hizo de mutuo acuerdo- ya que se preveía que volvería a ser contratado en Diciembre en EPES”*.

Desde el 20-11-2009 hasta el 27-1-2010, explicaba el interesado que volvió a pedir una excedencia por incompatibilidad con EPES-061.

El día 11-1-2010, exponía el interesado que solicitó la reincorporación en su puesto de trabajo, poniéndose en contacto con el director de RR.HH., comunicándole que no tenía a la vista ningún contrato en la EPES.

El 22-2-2010, contaba el interesado que recibió una llamada del Director de RRHH, interesándose por su situación laboral, a lo que el interesado respondió que era su intención incorporarse en el momento que se lo indicaran.

Explica el interesado que no recibiendo ninguna llamada del hospital indicándole el día de su incorporación, se personó en el centro hospitalario, desde dónde se le informó que debía incorporarse a su puesto de trabajo el día 1-3-2010.

Al final de Abril se puso nuevamente en contacto con un representante sindical para que intentase mediar ante el director de recursos humanos de la Empresa Pública Alto Guadalquivir y le concediesen la excedencia por cuidado de hijos y no se le pusiesen trabas para su incorporación al término de la misma, añadía el interesado que su petición no tuvo éxito.

Insistía el interesado que teniendo cuatro hijos y trabajar su esposa fuera de su ciudad de residencia, el trabajo en la EPES-061 sería una solución idónea para la conciliación de su vida laboral y familiar

En su informe la Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir nos informa que la solicitud de excedencia cursada por el interesado había sido atendida.

En consecuencia, habiendo quedado solucionado el asunto que motivaba la queja del interesado, procedimos a decretar el archivo del expediente.

## II. URBANISMO, VIVIENDA, OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES

### 2.2. Vivienda

#### 2.2.6.1. Consumo: Garantías en las entregas de compraventa de viviendas.

Abrimos de oficio la **queja 08/4177** cuando conocimos la problemática que se había suscitado en las entregas de las viviendas de una urbanización del municipio sevillano de Gerena, compuesta por más de 1.000 viviendas y dividida en 11 fases. Siempre según nuestras noticias, en los casos de algunos compradores de la 5ª fase, que tenían entregados más de 30.000 euros para la compra, aún no se había producido la entrega de las viviendas, que llevaban varios meses de retraso. Además, había vencido el plazo para la constitución del Aval o Seguro de Caucción que deben realizar los promotores cuando se entregan cantidades anticipadas a cuenta del precio, por parte de los compradores, mientras se construye la edificación.

Teniendo en cuenta que esta problemática afectaba a las relaciones entre compradores y entidad promotora de las viviendas, de carácter jurídico-privado, a esta Institución le preocupaba que, en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, se produjeran hechos de esta naturaleza, consistentes en la promoción y venta de viviendas sin que los promotores cumplan con la obligación legal que tienen de garantizar las cantidades entregadas a cuenta, antes de iniciarse la construcción o durante la misma, conforme a la normativa vigente al respecto.

Ello por cuanto que el incumplimiento de esta normativa deja al adquirente en una situación de desprotección, frente a la eventual incidencia de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido. Y es que las garantías establecidas tienen como finalidad que se puedan devolver las cantidades entregadas más los intereses legales que correspondan. La omisión de esa obligación, además, podría suponer una presunta infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

Estos hechos son más graves aún si cabe en épocas de crisis del sector inmobiliario, como la actual, en las que la alarma social que crea este tipo de situaciones hace aconsejable una especial atención por parte de las Administraciones Públicas con responsabilidades en la materia.

Por ello y con objeto de investigar si los promotores cumplían las obligaciones que la Ley 57/1968, de 27 de Julio, Reguladora de las Percepciones de Cantidades Anticipadas en la Construcción y Venta de Viviendas, impone a las personas físicas y jurídicas que promueven la construcción y venta de viviendas que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante el curso de la misma, así como de las modificaciones operadas por la Ley 38/1999, de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación, en su Disposición Adicional Primera, y teniendo en cuenta los derechos reconocidos a los Consumidores y Usuarios en el art. 51 CE y los recogidos en el art. 27 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, abrimos de oficio esta queja a fin de dirigirnos a la Dirección General de Consumo de la Junta de Andalucía con objeto de conocer, en síntesis, las reclamaciones y/o denuncias que se hubieran presentado por los incumplimientos de la obligación de garantizar las cantidades entregadas a cuenta antes de iniciar la construcción o durante su ejecución o por falta de información a las personas

consumidoras que se hubieran formulado en los últimos tres años, así como los procedimientos sancionadores que se hubieran incoado y los planes o campañas de inspección que se hubieran realizado en esta materia y resultado de las mismas.

De la completa información que nos remitió esta Dirección General, primero adscrita a la Consejería de Gobernación y después a la Consejería de Salud, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Reclamaciones y denuncias formuladas en el ámbito de la vivienda: Desde el 1 de Octubre de 2005 al 17 de Diciembre de 2008 se habían recibido 6.561 reclamaciones o denuncias, de las que 343 estaban referidas al ámbito del aseguramiento de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (en realidad, 305) y 38 a incumplimientos en la entrega del documento informativo (Documento Informativo Abreviado, DIA, según el Decreto 218/2005, de 11 de Octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Información al Consumidor en la Compraventa y Arrendamiento de Viviendas en Andalucía).

- Expedientes sancionadores en materia de avales: se habían incoado, en las fechas indicadas, 72 expedientes sancionadores, en los que 46 había recaído resolución sancionadora –con una sanción total de 839.010 euros, es decir 18.239 euros de sanción media-.

En este caso, la Dirección General nos reseñaba que en ocasiones la tramitación de las denuncias recibidas se había realizado a través de campañas de inspección, relacionándose las actas *“no con el propio expediente de la denuncia, sino con el expediente de inspección abierto en la campaña”*. Teniendo en cuenta este dato, se habían iniciado 201 expedientes sanciones en materia de vivienda por infracciones relativas a no formalizar seguros, avales u otras garantías, con una sanción prevista de 3.705.682 euros, y una media de 18.436 euros de sanción.

Las principales infracciones sancionadas en la tramitación de los expedientes derivados de reclamaciones/denuncias recibidas habían sido el 30 % referentes a avales; 8 % por incumplimiento de información en la venta de bienes y 3 % por incumplimiento de requisitos, informaciones o funciones establecidas en la Ley 13/2003, de 17 de Diciembre; 32 % por introducir cláusulas abusivas en los contratos; 8 % por incumplir las medidas o requerimientos de la Administración y 19 % por diversos incumplimientos.

- Campañas de inspección realizadas en el ámbito de la vivienda: Desde 1996 se venían haciendo campañas de inspección anuales, dirigidas a inspeccionar a empresas y gestores inmobiliarios, promotoras y constructoras, en la venta, promoción y publicidad en el arrendamiento y compraventa de viviendas, independientemente de que estas se encuentren en proyecto, en construcción o ya construidas, con los objetivos de conocer la situación del sector y las características de las ofertas, conocer el grado de cumplimiento de las autorizaciones y control de documentos administrativos, conocer el grado de cumplimiento de la normativa sobre información que se facilita a los consumidores, conocer el contenido de los contratos de compraventa y comprobar que el bien que se vende corresponde efectivamente a la oferta que se realiza.

Incluían en su informe una muy destallada casuística de los resultados de las inspecciones realizadas. Con objeto de no alargarnos demasiado en este resumen, sólo indicaremos que en 2008 se habían realizado 560 actuaciones, de las que 306 resultaron

positivas (55 %), se habían incoado 44 expedientes y las infracciones que aparecían con mayor incidencia eran las siguientes:

- Incumplimiento de la información en la venta de bienes: 37,50 %.
- Incumplimiento de la información en cartelería o folletos publicitarios: 19,30 %.
- Introducir cláusulas abusivas en contratos: 10,80 %.
- No formalizar seguros, avales u otras garantías: 5,50 %.
- Otros incumplimientos: 28,70 %.

A la vista de estos datos, quisimos que la Dirección General concretara los mismos, respondiéndonos que de las denuncias-reclamaciones recibidas por incumplimientos de avales, se habían abierto 79 expedientes (el dato anterior era 72), en los que se habían resuelto con sanciones 69 (46 en la información anterior) y se habían hecho efectiva la sanción en 5 expedientes, estando los demás en diversas situaciones de tramitación de recursos, ya fueran administrativos o judiciales.

Sobre los expedientes sancionadores iniciados por no formalizar seguros, avales u otras garantías, en la segunda respuesta que nos remitieron eran 204 y en 185 casos se habían resuelto con sanción. De ellas, se habían abonado ya 24 y 93 estaban en vía de apremio, encontrándose el resto en vía de recurso administrativo o judicial.

En cuanto a si se habían impuesto sanciones complementarias, en 5 se adoptó la medida preventiva de prohibir la recepción de cantidades a cuenta mientras no se constituyeran los avales y en 12 se remitieron expedientes a la fiscalía por si pudieran determinar la existencia de ilícitos penales.

Como también les preguntamos si, en el caso de viviendas de protección oficial, se ponían en conocimiento de las Delegaciones Provinciales de la Consejería con competencia en materia de viviendas, nos indicaron que todas las promociones a las que se había abierto expediente eran de venta libre.

Con esta respuesta finalizamos nuestra intervención al entender que no eran necesarias nuevas actuaciones por nuestra parte, aunque comunicamos al Viceconsejero de Salud que valorábamos positivamente los esfuerzos realizados, aunque, ante el amplio número de situaciones que hemos conocido por otras vías, creíamos necesario que se duplicaran los esfuerzos de inspección en una materia de tanta trascendencia para la ciudadanía como es la compra de una vivienda –posiblemente la inversión más importante a lo largo de la vida de una persona-.

Ello, sobre todo, al encontrarnos en un sector de la economía que tantos avatares está sufriendo en los últimos tiempos, todo lo cual está llevando a prácticas irregulares de promotores que pueden causar, y de hecho están causando, graves daños y perjuicios en los adquirentes de viviendas que ven no sólo frustradas sus expectativas de poseer una vivienda, sino que además han podido perder todos los ahorros de que disponían, en el mejor de los casos, o haber perdido las cantidades para las que han tenido que solicitar créditos a entidades financieras. Además, los consumidores se encuentran en una clara situación fáctica de desigualdad, por cuanto la necesidad de acceder a una

vivienda les condiciona para exigir de los promotores privados el cumplimiento de la legalidad. Por ello, considerábamos necesario que se reforzaran las inspecciones de oficio por parte de los servicios de consumo, con objeto de proteger los derechos de la ciudadanía en este ámbito.

Y es que, para esta Institución, pese a la naturaleza jurídico privada que tiene el asunto que nos ocupa, no por ello los poderes públicos pueden obviar su relevante papel, dentro de las competencias que legalmente tienen atribuidas, para disuadir de prácticas ilícitas para con el conjunto de consumidores y usuarios.

Por ello y a nuestro juicio, dentro de los planes de inspección de la Dirección General de Consumo se debía prestar especial atención y dedicación a la vulneración que de esta normativa puedan realizar, en este u otros aspectos, los promotores privados, puesto que esta vulneración no viene sino a impedir el ejercicio del derecho previsto en el art. 47 CE, que reconoce el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

A este escrito de cierre nos contestó el Viceconsejero de Salud compartiendo la necesidad de desarrollar los esfuerzos de inspección en la materia, informándonos que en el marco de ello se estaba desarrollando el Plan de Inspección de Vivienda 2010, de cuyos objetivos nos informaba, en el que se incluía realizar 450 controles dirigidos a inspeccionar a empresas y gestores inmobiliarios, promotoras y constructoras, en la venta, promoción y publicidad en el arrendamiento y compraventa de viviendas, que ponía en evidencia que desde la Administración de Consumo de la Junta de Andalucía *“se continúa con la vigilancia del sector relacionado con la compra de viviendas y se toman medidas encaminadas a lograr una adecuada defensa y protección de las personas consumidoras y usuarias andaluzas”*.



## V. MEDIO AMBIENTE

### 2.1.3. Contaminación.

#### 2.1.3.1. Contaminación acústica.

##### 2.1.3.1.1. Adecuación de horarios de establecimientos hosteleros a los usos del suelo.

Considerando que desde hace años el problema de la contaminación acústica es el que más intervenciones requiere del Área de Medio Ambiente del Defensor del Pueblo Andaluz, esta Institución entendió oportuno llevar a cabo un profundo proceso de reflexión y análisis orientado a localizar una solución definitiva a este problema endémico que sufre nuestra Comunidad.

A raíz de este estudio, se pudo constatar que la mayor parte de los supuestos que nos han sido trasladados a lo largo de los últimos ejercicios hacen referencia a ruidos generados a altas horas de la noche, desde establecimientos hosteleros que se ubican en zonas de uso predominantemente residencial.

Asimismo, pudimos comprobar que los focos ruidosos causantes de las molestias no siempre lo constituyen las infraestructuras con las que cuentan los establecimientos (aparatos reproductores de música, televisores, sistemas de extracción de humos, aparatos de climatización, etc.) Por contra, resultan muy numerosos los supuestos en los que los propios clientes se convierten, de forma involuntaria, en el origen del problema, y ello con independencia de que se encuentren dentro del establecimiento propiamente dicho o fuera de éste, ya sea haciendo uso de terrazas y zonas de veladores, ya sea durante el acceso o la salida del local, lo que hace prácticamente imposible el control efectivo de la producción de ruidos.

De igual modo, tras analizar el régimen jurídico de aplicación, conseguimos extraer las siguientes conclusiones:

- Que los límites de niveles sonoros son fijados en atención a los usos predominantes del suelo (Decreto 326/2003, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica).
- Que, por el contrario, los horarios de apertura y cierre de los establecimientos hosteleros no son fijados en función del uso predominante del suelo sino en función del tipo de establecimiento de que se trate (Orden de 25 de marzo de 2002, de la Consejería de Gobernación, por la que se regulan los horarios de apertura y cierre de establecimientos públicos).

Según esto, en Andalucía resulta amparado por el ordenamiento jurídico que la terraza de veladores de un establecimiento hostelero ubicada a escasos metros de unas viviendas pueda estar funcionando hasta las 2 de la madrugada, entre semana, y hasta las 3 durante los viernes, sábados y vísperas de festivo. O que una discoteca pueda ubicarse

en pleno casco histórico de una ciudad y que ésta desarrolle su actividad hasta las 7 de la mañana los fines de semana.

Y a nadie puede escapar que esto constituye el caldo de cultivo de numerosos conflictos ciudadanos y la puesta en peligro de derechos fundamentales de la ciudadanía, como el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la inviolabilidad del domicilio, especialmente por la imposibilidad manifiesta de controlar que clientes de una discoteca o de un pub, en el que se consumen ingentes cantidades de alcohol, no profieran gritos o cantos al salir o entrar al establecimiento a altas horas de la madrugada; o que clientes sentados entorno a un velador no rían a carcajadas tras escuchar un inocente chiste a la 1 de la madrugada.

Por lo tanto, la realidad que viene siendo puesta de manifiesto año tras año en el Informe Anual que se presenta ante el Parlamento de Andalucía y en el propio Ecobarómetro debe llevar a los poderes públicos a plantearse la necesidad de modificar el vigente régimen regulador de los horarios de apertura y cierre de los establecimientos hosteleros para que los mismos sean modulados en función del tipo de actividad desarrollada y del uso predominante del suelo en el que se emplacen.

Así se lo hemos hecho saber al Sr. Consejero de Gobernación y Justicia a través de la **Sugerencia** que le ha sido dirigida en el curso de la **queja 10/2332**, tramitada de oficio.

No obstante, nuestro pronunciamiento no ha contado con la acogida que hubiera sido deseable en base a argumentos tales como que la modificación propuesta podría suponer una injerencia sobre el principio de la autonomía local, cuestión ésta que no compartimos por cuanto que si ello fuera así, el vigente régimen regulador de horarios de apertura y cierre de establecimientos resultaría inconstitucional por el mismo motivo, y ello en ningún momento ha sido planteado.

Además, la modificación propuesta por esta Institución supondría un margen de actuación para los municipios andaluces superior al existente en la actualidad, ya que la acomodación de horarios a los usos del suelo no conllevaría simplemente una limitación de los vigentes horarios de cierre en zonas residenciales sino que también debería suponer la posibilidad de ampliar tales horarios cuando los establecimientos se emplacen en zonas donde no exista riesgo de lesión de derechos fundamentales.

De igual modo, para el sector hostelero también podría suponer un atractivo adicional ya que con esta nueva filosofía regulatoria podrían hacerse compatibles actividades que en la actualidad no lo son, tales como disponer de terraza de veladores cuando se cuente con licencia para bar con música, pub o discoteca.

Esperamos que por parte de la Consejería de Gobernación y Justicia se reconsidere la negativa de acogimiento de la Sugerencia realizada, ya que estamos convencidos de las grandes bondades que la misma puede representar y de que nuevas iniciativas normativas como la que supone la “Ley Antitabaco” (Ley 42/2010, de 30 de Diciembre, por la que se modifica la Ley 28/2005, de 26 de Diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco), pueden venir a agravar la situación que se vive por una parte de la ciudadanía.

#### 2.1.3.1.2. Molestias ocasionadas desde veladores.

Como ha sido puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, las terrazas de veladores con las que cuentan numerosísimos bares de nuestra región constituyen uno de los principales focos de ruido de nuestros establecimientos hosteleros y, por consiguiente, el origen de molestias y conflictos entre la ciudadanía. Ejemplo de ello son la **queja 09/3081**, la **queja 10/5880** o la **queja 10/5952**.

Pues bien, en el curso de la tramitación de los expedientes de queja incoados por el Defensor del Pueblo Andaluz acerca de esta cuestión se ha podido comprobar que las autorizaciones que son concedidas por los municipios andaluces para la instalación de terrazas de veladores únicamente tienen en cuenta la ocupación que suelen conllevar del dominio público, y en ningún caso la incidencia que suponen sobre el medio ambiente. Y ello a pesar de que, como es obvio, los sistemas de aislamiento acústico de los locales son necesariamente superiores a los de las terrazas por cuanto que éstas se sitúan al aire libre.

Esta circunstancia lleva al absurdo de exigir que la apertura de un establecimiento hostelero que no cuente con terraza de veladores sea sometida a un procedimiento previo de calificación ambiental pero que la posterior instalación de veladores en plena vía pública y a escasos metros de viviendas no sea concebida como una modificación sustancial de la actividad hasta el punto de hacer necesario el sometimiento a un nuevo procedimiento de prevención ambiental.

De este modo se nos antoja imprescindible que se acometa, bien la modificación del Anexo I de la Ley 7/2007, de 9 de Julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, a través de la cual se recoja la novación que propugnamos, bien la aprobación de un nuevo Reglamento de Calificación Ambiental, debidamente adaptado a la Ley 7/2007, de 9 de Julio, en el que se contemple esta cuestión.

#### 2.1.3.1.3. Incremento de los niveles de sensibilidad acústica.

Son evidentes las consecuencias negativas que para la población se derivan de una situación de crisis económica como la que se está viviendo en la actualidad y que éstas se dejan ver en muy diversos ámbitos.

No obstante, este hecho no ha podido evitar que nos cause una tremenda sorpresa una de las quejas recibidas por el Defensor del Pueblo Andaluz a raíz del incremento habido de personas demandantes de empleo.

En concreto, la parte afectada solicitaba la intervención de esta Institución por los ruidos y demás molestias que generaban las personas que día tras día se concentraban en las proximidades de su vivienda, formando colas para acceder a una oficina del Servicio Andaluz de Empleo.

Este hecho no ha venido más que a confirmar la tendencia registrada en los últimos años, de incremento de los niveles de sensibilidad acústica por parte de la población y de concienciación acerca de los derechos que previene el ordenamiento jurídico. Sólo deseamos que esta circunstancia lleve consigo un aumento, al menos en la misma

proporción, de los niveles de sensibilidad acerca de la situación límite que desgraciadamente están viviendo muchos hogares de nuestro entorno.

#### 2.1.3.1.4. Molestias ocasionadas por ruidos generados en el ámbito doméstico.

Durante el año 2010, el Área de Medio Ambiente del Defensor del Pueblo Andaluz ha tenido acceso a un Borrador de nuevo Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía, elaborado por la Administración autonómica.

Sin menoscabo de las salvedades que merece la cuestión, al tratarse de un simple borrador de un proyecto normativo, ha sido detectado que en el ámbito de aplicación del mismo no se contenían los ruidos producidos por actividades domésticas o comportamientos de vecinos.

A este respecto debemos señalar que son muy numerosas las quejas que se tramitan en esta Institución relativas a ruidos generados por este tipo de actividades, lo que nos lleva a concluir que las mismas tienen una gran incidencia sobre la calidad acústica de nuestra Comunidad. Asimismo, se ha constatado que a pesar de los requerimientos legales existentes, no todos los municipios de Andalucía cuentan con ordenanzas municipales reguladoras de la contaminación acústica y que no todos los que disponen de ellas las mantienen debidamente adaptadas a las normas de ámbito estatal y autonómico.

De este modo, enjuicamos inadecuado para garantizar un debido nivel de protección contra la contaminación acústica de Andalucía que este tipo de actividades ruidosas queden excluidas del ámbito de aplicación de un posible nuevo Reglamento.

Asimismo, entendemos desaconsejable que no existan parámetros comunes a todos los municipios de Andalucía en relación con este tipo de fuentes ruidosas, independientemente del tratamiento particularizado que pueda realizarse de las mismas por parte de cada Ayuntamiento en atención a las circunstancias concretas del municipio.

En este sentido, deseamos que sucesivas versiones que puedan ser elaboradas del referido borrador regulen este tipo de fuentes ruidosas, como ya hace el vigente Decreto 326/2003, de 25 de noviembre.

#### 2.1.3.2. Contaminación atmosférica.

Por lo que se refiere a la calidad del aire, debe indicarse que han sido recurrentes los supuestos que han merecido nuestra intervención como consecuencia de la producción de humos y olores desde establecimientos hosteleros. Ejemplo de ello lo constituyen la **queja 09/1796** y la **queja 09/2228**.

Y es que, desgraciadamente, no son infrecuentes los supuestos en los que las personas titulares de estas actividades no realizan las inversiones necesarias para adecuar las infraestructuras de sus establecimientos a las necesidades que pueden ir surgiendo a raíz de cambios normativos, de la aparición de mejores técnicas disponibles o de la propia evolución del negocio.

A este respecto cabe señalar que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS, de 18 de Octubre de 1999, 14 de Marzo de 2000 y 3 de Diciembre de

2003), las licencias municipales de actividad son licencias de carácter continuado o tracto sucesivo, por lo que su otorgamiento «no exime al administrado de atenerse al cumplimiento de lo que demande la evolución normativa de las medidas correctoras que se introduzcan para garantizar el cumplimiento de los límites a que ha de estar sometida la actividad ejercitada».

De este hecho se deriva la obligación ineludible para las personas titulares de estas actividades de mantenerlas permanentemente acordes con las exigencias impuestas por el ordenamiento, entre otras las de evitar la producción de molestias al vecindario derivadas de la generación de humos y olores.

#### 2.1.3.3. Contaminación electromagnética.

Analizados los datos relativos al número de quejas tramitadas sobre esta materia, se detecta que en el año 2010 ha habido un pequeño repunte especialmente en lo que afecta a estaciones base de telefonía móvil instaladas en las proximidades de viviendas y de centros educativos de personas menores.

No obstante, debe significarse que en todos y cada uno de los supuestos en los que hemos intervenido, los niveles de radiaciones electromagnéticas registrados se encontraban muy por debajo de los límites fijados por el Real Decreto 1066/2001, de 28 de Septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.

De este modo, y teniendo en cuenta el estado actual de la técnica, no parece que existan motivos fundados para que la presencia de este tipo de instalaciones en nuestras ciudades provoquen alarma social.

En cualquier caso, este Defensor del Pueblo Andaluz sigue insistiendo en la necesidad de contar con modelos de normas consensuadas con los distintos agentes implicados que, además de ofrecer una mayor seguridad jurídica, permitan evitar la localización de este tipo de infraestructuras en lugares más proclives a generar conflictos sociales, como son las cercanías de colegios, guarderías, residencias de ancianos o centros sanitarios.

En este sentido, consideramos que el Modelo de Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Infraestructuras Radioeléctricas, elaborado por el Grupo de Trabajo del Servicio de Asesoramiento Técnico e Información (SATI) para el despliegue de infraestructuras de telefonía móvil y aprobado por la Comisión Ejecutiva de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) el día 29 de Abril de 2008, puede resultar de utilidad para la consecución de los fines expuestos.

Y de igual modo, la adhesión al Convenio de 14 de Junio de 2005, suscrito entre FEMP-AETIC y el acogimiento del Código de Buenas Prácticas, elaborado en cumplimiento de aquel.

#### 2.1.5. Sanidad y salubridad.

#### 2.1.5.1. Problemas derivados de la desatención de inmuebles.

Quizá como consecuencia de las dificultades con las que la población se está encontrando en los últimos tiempos para obtener crédito, en el año 2010 han sido tramitadas por el Defensor del Pueblo Andaluz diversas quejas en las que las personas afectadas nos trasladaban la situación de insalubridad que venían padeciendo, derivada de la existencia de inmuebles en estado de abandono en las proximidades de sus viviendas.

Ha sido el caso de la **queja 09/3146**, de la **queja 10/2228** o de la **queja 10/3806**, referidas a inmuebles ubicados en los municipios de Castilleja de la Cuesta, de Huelva y de El Puerto de Santa María, respectivamente.

En este tipo de supuestos, tras constatar las evidentes consecuencias negativas que para el medio ambiente, para el ornato y para la propia integridad física de las personas se pueden derivar de la falta de mantenimiento de estos bienes (aparición de plagas de insectos y roedores, producción de malos olores, riesgo de incendio, etc.), la actuación del Defensor del Pueblo Andaluz ha ido dirigida a formular a los Ayuntamientos afectados **Recordatorio** de lo dispuesto en el artículo 155.1 de la Ley 7/2002, de 17 de Diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), según el cual:

«Los propietarios de terrenos, construcciones y edificios tienen el deber de mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, realizando los trabajos y obras precisos para conservarlos o rehabilitarlos, a fin de mantener en todo momento las condiciones requeridas para la habitabilidad o el uso efectivo», y

«Los municipios podrán ordenar, de oficio o a instancia de cualquier interesado, la ejecución de las obras necesarias para conservar aquellas condiciones.»

De igual modo, se ha dictado **Recomendación** a los efectos de que se gire visita de inspección sobre los inmuebles afectados y de que se lleven a cabo cuantas actuaciones resulten pertinentes al objeto de solventar la situación puesta de manifiesto.

#### 2.1.5.2. Aparición de plagas.

Ha resultado llamativo el número de quejas recibidas por el Defensor del Pueblo Andaluz en el año 2010 acerca de la aparición de plagas de insectos y roedores en municipios andaluces. Así, en la localidad de Tocina surgieron ingentes cantidades de cucarachas, en La Victoria avispas, mosquitos en El Ejido y ratones en La Línea de la Concepción.

Entendemos que las lluvias caídas durante el invierno pasado en nuestra Comunidad, acompañadas de las altas temperaturas propias de nuestra región, constituyen la combinación perfecta para que se produzca este fenómeno. Por ello, enjuiciamos esencial la capacidad previsor de las Administraciones Públicas a la hora de combatirlo, especialmente cuando puede verse afectada la salud de las personas o el motor económico de una comarca.



### 2.1.5.3. Problemas surgidos en la gestión de residuos.

Son recurrentes los problemas que surgen entre la población en relación con la ubicación designada para los contenedores de recogida de basuras. Prueba de ello es que, un año más, han sido cuantiosas las quejas recibidas acerca de esta cuestión, como la **queja 10/2122**, la **queja 10/3747** o la **queja 10/3785**.

A nuestro modo de ver, en la mayoría de los casos planteados el emplazamiento del contenedor no supone por sí mismo un problema, sino que el conflicto surge cuando la frecuencia de la recogida de basura o de la limpieza del contenedor no es la adecuada.

Es entonces cuando empiezan a producirse molestias por los olores nauseabundos que son generados, por las acumulaciones de residuos en torno a los contenedores o por la aparición de roedores, insectos, gatos o perros que hacen de los desperdicios humanos su principal fuente de alimentos.

Tales circunstancias son las que nos han llevado a formular Resoluciones en las que hemos trasladado a los responsables municipales **Recomendación** concretada en la necesidad de incrementar la frecuencia de la recogida de residuos; de intensificar las labores de limpieza viaria y de los propios contenedores de basura; de aumentar las labores de vigilancia e inspección para evitar actitudes incívicas de la población; e incluso de alterar el emplazamiento de los contenedores de basura cada cierto tiempo.

Pero la gestión de residuos puede ocasionar más problemas y a veces de solución menos inmediata. Ejemplo de ello lo constituyen la **queja 09/5526** y la **queja 08/4876**, en las que el origen de las controversias se sitúa en sendas plantas de tratamiento de residuos.

Se trataba de instalaciones de gran complejidad técnica, necesarias para satisfacer necesidades de la población, que no podían ser detenidas fácilmente pero que estaban produciendo considerables afecciones a derechos fundamentales de la ciudadanía, como el derecho a la intimidad personal y familiar o el derecho a la inviolabilidad del domicilio, derivados de la generación de malos olores.

En ellas, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz dirigió Resolución a las Administraciones afectadas, formulando **Recordatorio** de los deberes legales impuestos por el ordenamiento jurídico y **Recomendación** para que se girara vista de inspección sobre las mismas, se determinase el origen de los problemas, se valorasen las soluciones posibles y se ordenara su inmediata implementación, de modo que quedasen definitivamente solventados los problemas que habían motivado las denuncias de la ciudadanía.

## XII. ADMINISTRACIONES ECONÓMICAS

### 2.1.1. Energía eléctrica

#### 2.1.1.1. Necesidad de limitar las exposiciones a campos electromagnéticos.

Como ya pusimos de manifiesto en nuestro Informe Anual correspondiente al ejercicio 2008 y reiteramos en el de 2009, desde esta Institución se venía detectando el constante incremento de las quejas relacionadas con la presencia de instalaciones eléctricas en las proximidades de viviendas o espacios habitados.

Estas quejas venían haciendo referencia a dos cuestiones distintas, aunque relacionadas entre sí. Por un lado, expresan el temor del vecindario colindante con el transformador por las consecuencias que para su salud pudieran tener las radiaciones electromagnéticas y, por otro lado, denuncian las molestias que soportan en sus viviendas, derivadas de dicha instalación eléctrica, y concretadas en ruidos, vibraciones y elevadas temperaturas.

Respecto a la primera cuestión, ya hicimos notorio en el último Informe Anual que no existía una legislación que regule en nuestro país la exposición de las personas a los campos electromagnéticos de 50 Hz, que son los que habitualmente genera un aparato transformador eléctrico.

Por el contrario, sí existe dicha normativa para las emisiones de energía en forma de ondas electromagnéticas, que se propagan por el espacio sin guía artificial, y que sean producidas por estaciones radioeléctricas de radiocomunicaciones o recibidas por estaciones del servicio de radioastronomía. Tal regulación se contiene el Real Decreto 1066/2001, de 28 de Septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, y en el mismo se asumen los criterios de protección sanitaria frente a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas establecidos en la Recomendación 1999/519/CE del Consejo de la Unión Europea, de 12 de Julio de 1999, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos.

Con tal preocupación, y aun siendo conscientes de que una regulación como la que se propugnaba plantea numerosas dudas en cuanto al ámbito competencial de las Administraciones andaluzas, se decidió iniciar una actuación de oficio con objeto de impulsar la actividad normativa necesaria.

Así, mediante la **queja 10/2909** nos dirigíamos tanto a la Dirección General de Industria, Energía y Minas (Consejería de Economía, Innovación y Ciencia) como a la Secretaría General de Salud Pública y Participación (Consejería de Salud) trasladándoles la necesidad de contar con una normativa que regule los límites a las emisiones electromagnéticas derivadas de instalaciones eléctricas, así como se estableciesen las suficientes garantías para la protección sanitaria de la población en relación con dichas emisiones.

Entre los argumentos esgrimidos para fundamentar tal petición apelábamos a los riesgos derivados de la contaminación electromagnética puestos de manifiesto en la

Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de Abril de 2009, sobre las consideraciones sanitarias relacionadas con los campos electromagnéticos (CEM).

La citada Resolución pone de manifiesto el incremento de la controversia en la comunidad científica sobre los posibles riesgos para la salud debidos a los CEM y, a estos efectos, destaca el dato de que, pese a la ausencia de conclusiones formales de la comunidad científica sobre los efectos de tales campos, ello no ha impedido que algunos gobiernos nacionales o regionales, no sólo hayan fijado límites máximos de exposición a estos campos electromagnéticos siguiendo la Recomendación del Consejo de 1999 (a diferencia de lo ocurrido en nuestro País) sino que además en nueve de estos Estados miembros de la Unión Europea dichos límites, denominados preventivos, resultan ser notoriamente inferiores a los que figuraban en la Recomendación de la Comisión Europea.

Como consecuencia de ello, la Resolución del Parlamento Europeo concluye, entre otras cuestiones, instando a la Comisión a que revise el fundamento científico y la adecuación de los límites de CEM fijados en la Recomendación 1999/519/CE, informando al respecto al Parlamento.

En cuanto al posible respaldo competencial de una posible regulación autonómica relativa a estas cuestiones, hacíamos ver que la falta de una normativa básica estatal relativa a las medidas de protección sanitaria frente a las emisiones electromagnéticas no puede suponer un impedimento para el ejercicio de las competencias autonómicas respecto a las instalaciones eléctricas cuya autorización y/o supervisión corresponde a la Comunidad Autónoma.

En cualquier caso, dadas las dudas que dicha regulación pudiera suscitar, manifestábamos claramente la conveniencia de que desde la Comunidad Autónoma se impulsaran iniciativas para la aprobación de una normativa estatal sobre límites de exposición a campos electromagnéticos generados por instalaciones eléctricas, a través de los organismos de coordinación pertinentes.

En relación al contenido de dicha regulación normativa nos remitíamos a la posibilidad de acoger los mismos límites de seguridad establecidos mediante las restricciones básicas y niveles de seguridad del Real Decreto 1066/2001, de 28 de Septiembre, o bien, fijar otros límites de exposición "preventivos" al modo que vienen haciendo otros Estados miembros de la Unión Europea.

Sin perjuicio de todo ello, para el caso de que la Comunidad Autónoma estimase más oportuno esperar a la normativa básica estatal de los límites de exposición a las emisiones electromagnéticas, consideramos que podría recogerse en una normativa autonómica todos aquellos aspectos procedimentales relacionados con la puesta en marcha y la supervisión de las instalaciones eléctricas, con referencia a los límites recomendados por el Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea (Recomendación 1999/519/CE).

Dichos aspectos procedimentales se proponían a partir de criterios previstos en el Real Decreto 1066/2001 en cuanto pudieran resultar de aplicación a los expedientes de instalación, ampliación, traslado y puesta en funcionamiento de instalaciones eléctricas. Así, determinados requisitos para la autorización, criterios de planificación e instalación de acuerdo con estudios, certificaciones o comprobaciones que acreditasen el cumplimiento de

los límites a la exposición a CEM señalados en la Recomendación 1999/519/CE. La concreción de dichas propuestas queda recogida en el contenido de la segunda Sugerencia.

Finalmente, considerábamos el aspecto de la ubicación de las instalaciones eléctricas, en especial, de los centros de transformación.

Al respecto, debemos partir de que la existencia de transformadores ubicados en el interior de edificios destinados a un uso residencial, y cuya finalidad es distribuir energía eléctrica al vecindario del propio edificio e incluso de edificios colindantes, se encuentra amparada por el vigente ordenamiento jurídico que expresamente autoriza la existencia de este tipo de instalaciones eléctricas.

Tal posibilidad vendría amparada en la Instrucción Técnica Complementaria MIE RAT 14 (Orden de 6 de Julio de 1984), tratándose de una normativa estatal dictada en ejercicio de su competencia para establecer los requisitos mínimos de calidad y seguridad que han de regir el suministro de energía eléctrica.

En consecuencia, estimábamos que no iría en contra de dicha regulación la aprobación de una disposición autonómica que regulase las condiciones de estas instalaciones eléctricas, de forma que se estipulase la conveniencia de ubicar estos aparatos en dependencias específicas destinadas exclusivamente a tal fin, y del modo que se minimizasen los efectos de ruidos, temperatura y emisiones electromagnéticas derivados de las mismas.

La razón no era otra que la constatación de que, a pesar de que una instalación (particularmente un transformador) cumpla con todas las prescripciones técnicas legalmente exigibles, por regla general produce ruidos o vibraciones en las viviendas colindantes que, en bastantes ocasiones, superan los establecidos como permitidos por la legislación de protección contra la contaminación acústica, o genera temperaturas excesivamente elevadas.

Igualmente, de la misma forma que para las instalaciones radioeléctricas se han establecido como “espacios sensibles” escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos, a efectos de minimizar los niveles de emisión sobre los mismos (artículo 8.7.d del Real Decreto 1066/2001), apelábamos a la conveniencia de establecer mediante norma autonómica la misma limitación para las instalaciones eléctricas.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, emitimos a ambos organismos autonómicos con competencias en materia de industria y salud las siguientes Sugerencias:

*“Primera.- **Sugerencia** para que se apruebe una normativa autonómica que regule los límites a las emisiones electromagnéticas derivadas de instalaciones eléctricas o, en su defecto, se impulsaran las iniciativas, a través de los organismos de coordinación pertinentes, para la aprobación de una normativa estatal al respecto.*

*Segunda.- **Sugerencia** para que, en todo caso, se regulen los requisitos que garanticen la protección sanitaria en relación con los límites de exposición a los CEM, dentro de los trámites para la puesta en marcha, reforma, modificación*

o ampliación, e inspección de las instalaciones eléctricas y, en concreto, los siguientes:

- *presentar junto con el proyecto necesario para la puesta en marcha de la instalación eléctrica un estudio detallado, realizado por profesional competente, que indique los niveles de exposición electromagnética en áreas cercanas a dicha instalación en las que puedan permanecer habitualmente personas.*

- *presentar complementariamente un proyecto de instalación de señalización y, en su caso, vallado, que restrinja el acceso de personal no profesional a zonas en las que se superasen los límites de exposición a los CEM.*

- *condicionar la aprobación definitiva de la instalación eléctrica a la no superación de los límites de exposición a CEM.*

- *exigencia preceptiva, con carácter previo a la puesta en marcha, reforma, modificación o ampliación de las instalaciones eléctricas, de inspección o reconocimiento de las mismas, con el fin de comprobar que se ajustan a las condiciones previamente autorizadas, o bien, en función de las características de las instalaciones o por razones de eficacia pueda sustituirse la inspección previa por una certificación expedida por técnico competente.*

- *no autorizar el establecimiento de nuevas instalaciones eléctricas o la modificación de las existentes cuando pudiera suponer que se superen los límites de exposición a CEM.*

- *la compartición o cercanía de emplazamientos podría estar condicionada por la consiguiente concentración de emisiones electromagnéticas.*

- *los planes de inspección podrían incluir la comprobación de la adaptación de las instalaciones a lo dispuesto en la normativa que pudiera aprobarse sobre límites de exposición para protección sanitaria de la población.*

- *establecer la obligación por parte de las empresas titulares de las instalaciones de remitir al organismo competente, en el primer trimestre de cada año natural, una certificación emitida por profesional competente en la que conste que se han respetado, durante el año anterior, los límites de exposición que se aprueben.*

- *recoger una previsión relativa a los efectos sobre la contaminación electromagnética, en el supuesto de ubicación de varias instalaciones eléctricas de diferentes titulares dentro de un mismo o cercano emplazamiento, de modo que debieran facilitarse mutuamente los datos técnicos necesarios para realizar el estudio del conjunto de instalaciones.*

Tercera.- **Sugerencia** para que se establezcan limitaciones a la ubicación de centros de transformación eléctrica, especialmente en “zonas sensibles” como escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos, así como la conveniencia de ubicar estos aparatos en dependencias específicas destinadas

*exclusivamente a tal fin y alejadas de edificios y locales destinados a otros fines.”*

En su respuesta, la Dirección General de Industria, Energía y Minas analizaba los fundamentos sobre los que se asentaban las Sugerencias que le habían sido dirigidas.

En primer lugar, rechazaba la competencia autonómica para establecer una normativa sobre emisiones electromagnéticas derivadas de instalaciones eléctricas, considerando que la misma incidiría directamente sobre la salud pública y, en consecuencia, su impulso y aprobación debe corresponder al Estado. Aun admitiendo que la Comunidad Autónoma pudiera dictar limitaciones preventivas de carácter administrativo en materia de salud pública, estimaba que dicha competencia sólo era posible ejercitarla dentro de la normativa básica estatal. No existiendo legislación básica sobre la materia, tanto anterior como posterior a la Constitución, se manifestaba la imposibilidad de establecer límites, requisitos y sistemas de control sanitarios sobre las emisiones electromagnéticas derivadas de instalaciones eléctricas.

En cualquier caso, atendiendo a la inquietud social suscitada en torno al tema, acogía la **Sugerencia** relativa a la propuesta autonómica de una normativa estatal y se nos trasladaba la comunicación dirigida al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo instando a la tramitación de una regulación en materia de radiaciones electromagnéticas procedentes de instalaciones eléctricas, en la línea de lo articulado mediante Real Decreto 1066/2001 para las emisiones radioeléctricas.

Finalmente, señalaba que *“aun no existiendo normativa de aplicación, esta Consejería mantiene en todo momento una actitud activa tramitando cuantas quejas y reclamaciones se presentan en esta materia y procediendo, en los casos en que así se determine, a la solicitud de realización de mediciones a efectos de comprobar el cumplimiento de los límites indicados en la Recomendación 1999/519/CE”*.

Respecto a la segunda **Sugerencia**, manifestaba la Dirección General de Industria, Energía y Minas que las medidas propuestas, tales como *“condicionar la aprobación definitiva de la instalación eléctrica a la no superación de los límites de exposición a CEM”* o *“no autorizar el establecimiento de nuevas instalaciones eléctricas o la modificación de las existentes cuando pudiera suponer que se superen los límites de exposición a CEM”*, estarían igualmente condicionadas a que dichos límites estuviesen fijados normativamente al carecer la Recomendación 1999/519/CE del rigor normativo necesario.

Por otra parte, hacía referencia a la futura Ley de Salud Pública de Andalucía, en fase de tramitación, que recoge la figura de la “Evaluación de impacto sobre la salud” de los planes, programas, instrumentos de planeamiento urbanístico, obras o actividades recogidas en Anexo. Entre las actividades recogidas se incluyen las instalaciones energéticas de combustión con potencia térmica inferior a 50 MW, pero no las que son objeto de nuestra especial atención en función de la demanda detectada (transformadores eléctricos y otras instalaciones de alta tensión).

En cuanto a la posible limitación al emplazamiento de instalaciones de energía eléctrica y su ubicación en dependencias específicas destinadas exclusivamente a tal fin y alejadas de edificios y locales de uso residencial, la respuesta de la Dirección General manifestaba que la ubicación de este tipo de instalaciones no obedecía *“a una mera*



*discrecionalidad de la Administración competente, sino más bien al cumplimiento de los reglamentos técnicos aplicables en esta materia”.*

Por último, en lo referente al establecimiento de medidas adicionales para evitar las molestias generadas por los centros de transformación ubicados en el interior de edificios la respuesta de la Dirección General se remitía a lo estipulado en relación a las condiciones y requisitos que han de cumplir este tipo de instalaciones en la Resolución de 5 de Mayo de 2005 de la Dirección General de Industria, Energía y Minas por la que se aprueban las normas particulares y condiciones técnicas y de seguridad de la empresa distribuidora de energía eléctrica Endesa Distribución SLU en la Comunidad de Andalucía.

Entiende la Dirección General que dicha norma da respuesta a las consideraciones planteadas al regular las condiciones relativas a *“ventilación, insonorización, medidas antivibratorias y contra incendios, pantallas de protección, etc.”.*

Por lo que se refiere a la Resolución dirigida a la Consejería de Salud, debemos decir que recientemente se ha recibido respuesta de la Secretaría General de Salud Pública y participación en la que se nos indica, entre otras consideraciones , lo siguiente:

*“Le informo que recientemente se nos ha remitido, en trámite de audiencia, el proyecto de Decreto por el que se regulan y simplifican los procedimientos para las autorizaciones de instalaciones eléctricas de producción, transporte y distribución en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Este proyecto normativo pretende regular y simplificar el procedimientos para la autorización de instalaciones eléctricas de producción, transporte y distribución en la Comunidad Autónoma de Andalucía, e incluye en su ámbito de aplicación las instalaciones de producción, transporte y distribución de energía eléctrica en alta tensión con frecuencia de servicio inferior a 100 Hz, en las que concurren ciertas circunstancias. Estas instalaciones emiten campos electromagnéticos de extremadamente baja frecuencia (FEB, en adelante).*

*Desde esta Secretaría General se han realizado diversas consideraciones al texto del citado proyecto, para la inclusión en el mismo de los requisitos que garanticen la protección sanitaria de la ciudadanía, en relación con los límites de exposición de los FEB, lo que nos mantiene en la actualidad en conversaciones con la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia en consonancia con lo expuesto en su Resolución de 26 de junio de 2010. Le mantendremos informado de los resultados obtenidos.*

*Asimismo, le comunico que la reunión de la ponencia de Sanidad Ambiental del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud celebrada el 7 de octubre de 2010, esta Secretaría General expuso la problemática sobre protección sanitaria a FEB puesta de manifiesto en su Resolución, y se instó al Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad a coordinar la elaboración de una norma que regula los límites de la exposición a FEB.”*

En principio, la respuesta recibida nos parece muy alentadora y nos permite aventurar la posibilidad de que, en un futuro próximo, se proceda a una regulación de los límites de exposición a los campos electromagnéticos.

### XIII. POLÍTICAS DE IGUALDAD DE GÉNERO

#### 2.5. Salud.

La introducción de la perspectiva de género en el ámbito de la salud, implica reconocer el papel que los roles y estereotipos de género juegan en el estado de salud de mujeres y hombres. El género se configura así como un determinante de la salud, siendo junto a otras variables sociodemográficas, un elemento parcialmente generador de desigualdades en salud, siendo éstas, por definición, injustas, innecesarias y sobre todo evitables.

Pues bien, en 2010, iniciamos el expediente de **queja 10/1432** a raíz de la comparecencia en nuestra Institución de una señora que nos dio a conocer su experiencia de vida tras venir afectada de cáncer de mama.

Después de ser sometida a una mastectomía nos hablaba de los cambios que indefectiblemente se habían producido en su vida, y del beneficio que le había supuesto el contacto con otras mujeres afectadas en el seno de una asociación de pacientes, así como el montante económico que conllevaba hacer frente a esos cambios en determinadas parcelas (alimentación, vestuario,...).

Pero se mostraba especialmente preocupada por el período de tiempo, aproximadamente un año, en el que las mujeres que padecen esta patología deben someterse a tratamiento de quimioterapia, con la pérdida de cabello asociada a este último, propugnando entonces *“que el pañuelo en la cabeza de una mujer a consecuencia de la quimioterapia sea una opción y no una imposición por no tener medios económicos para adquirir una peluca, que no deja de ser una prótesis necesaria para que, además de carecer de una mama, o de las dos en algunos casos, no se carezca también del cabello”*.

En este sentido significaba que el precio de una peluca adaptada a la persona oscila entre los 300 euros (pelo artificial) y los 700 euros (pelo natural), y su mantenimiento de 20 a 30 euros cada quince días aproximadamente, y por este motivo nos trasladaba su petición de que las pelucas pudieran ser recetadas en el Sistema Sanitario Público.

Por nuestra parte solicitamos el informe previsto en el art. 18.1 de nuestra Ley reguladora a la Dirección General de Asistencia Sanitaria del SAS, la cual trasladó nuestra petición a la Secretaría General, aludiendo a que a esta última le correspondía responder respecto de la “financiación de un producto estético”. Queríamos conocer si había existido alguna iniciativa en este ámbito en el conjunto del Sistema Nacional de Salud y si estaba prevista algún tipo de ayuda económica para sufragar el coste de estos productos.

En su informe, la mencionada Secretaría General afirmaba que la cartera de servicios comunes de prestación ortoprotésica del Sistema Nacional de Salud no contempla las prótesis capilares en ningún supuesto, y que la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía tampoco las incluye en su catálogo general de ortoprotésica.

Al mismo tiempo señalaba que el SAS no tiene establecida ninguna ayuda económica, ni prevé instaurarla o promoverla para estos pacientes. Y en último lugar manifestaba que en el ámbito del Comité Asesor de la prestación ortoprotésica no conocen ninguna iniciativa sobre este particular al menos en los últimos diez años.

A la vista de la información recibida, procedimos a formular Resolución al citado organismo, mediante la que efectuamos una serie de valoraciones, pues el asunto sin embargo no resulta tan invisible como el SAS quería darnos a entender, pues después de un somero rastreo en relación con el mismo, pudimos acceder a diversas propuestas en distintos niveles de la acción política y parlamentaria, e incluso en alguno caso se ha llegado a materializar como auténtica prestación.

Así a nivel europeo, en el marco de la preocupación de las instituciones de la Unión Europea que la han llevado a la adopción de distintos planes y programas contra el cáncer, el Parlamento elaboró un informe sobre el cáncer de mama en la misma, que culmina con una Resolución dirigida a la Comisión y a los Estados miembros para que, en el ámbito de sus competencias, reembolsen adminículos como pelucas de pelo artificial y rellenos de sujetador, así como de drenajes linfáticos en la fase posterior al tratamiento.

Como presupuesto de dicha medida el Parlamento Europeo establece que deberá lograrse el nivel más elevado posible de calidad de vida para los pacientes, ya que el tratamiento del cáncer de mama conlleva graves padecimientos físicos y psíquicos.

En el ámbito nacional interno detectamos interés en el debate parlamentario, tanto estatal como autonómico. En este sentido, hemos encontrado preguntas parlamentarias registradas ante la mesa del Congreso de los Diputados y relacionadas con la financiación de prótesis capilares para los niños afectados por procesos oncológicos. Más específicamente ante el Parlamento de Andalucía, aparecen proposiciones no de ley, para la mejora en la detección precoz y del tratamiento del cáncer de mama, así como de medidas de mejora del tratamiento del cáncer de mama, en las que se contempla el suministro de ayudas económicas para pelucas y sujetadores adaptados.

Como tales ayudas económicas se recogen en la acción prestadora de la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), que en el apartado de ayudas asistenciales, es decir aquéllas que pueden recibir los mutualistas cuando se encuentren en determinados estados o situaciones de necesidad, que no están cubiertos por otras prestaciones, y al mismo tiempo carecen de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones; contempla expresamente la adquisición de prótesis capilares para enfermos oncológicos afectados de alopecia secundaria.

Pero aún es posible un paso más, que al menos en nuestro conocimiento se ha dado por la Comunidad Autónoma de Valencia, pues en el Decreto 26/2010, de 30 de Abril, por el que se regula la prestación ortoprotésica en el marco de la sanidad pública, en el ámbito de la Comunidad Valenciana; se ha incluido en el anexo I que establece la cartera de servicios ortoprotésicos externos, las prótesis capilares para pacientes menores de 18 años afectos de alopecia secundaria al tratamiento oncológico, las cuales habrán de ser prescritas por los servicios de oncología hospitalarios debidamente acreditados.

En relación con esta prestación, el Sindic de Greuges de la Comunidad Valenciana ha elevado algunas sugerencias a la Consejería de Sanidad para que realice los estudios necesarios de la demanda de este tipo de prótesis, así como de los gastos de la prestación, para que a la vista de los resultados que se deriven de su estudio se valore la posibilidad de incluir las prótesis capilares a pacientes Mayores de 18 años que sufran alopecia como consecuencia del tratamiento oncológico, dentro del catálogo de especialidades de material ortoprotésico de la Comunidad Valenciana.

Llegados a este punto nos interesaba resaltar que la definición de las prestaciones que configuran la asistencia sanitaria del sistema público se ha llevado a cabo tradicionalmente de una manera genérica, quizás porque resulta absolutamente imposible detallar exhaustivamente los procedimientos y las técnicas que integran las mismas.

En la actualidad la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (16/2003 de 28 de Mayo), preconiza el establecimiento de unas condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado. Por eso configura un catálogo de prestaciones que se hacen efectivas a través del conjunto de técnicas, tecnologías y procedimientos que conforman la cartera de servicios comunes.

El establecimiento de la cartera de servicios correspondiente a las distintas modalidades de prestaciones se ha llevado a cabo a través del Real Decreto 1030/2006 de 15 de Septiembre, el cual aún dentro de la generalidad, introduce un Mayor nivel de concreción en relación con su antecedente normativo. Como novedad incorpora a su texto la regulación (que antes se hacía de manera independiente) del catálogo de ortoprotésica.

Por nuestra parte cuando nos han llegado reivindicaciones relativas a prestaciones en principio no dispensables por el sistema, en algunos casos hemos podido reclamar una interpretación normativa favorable a su consideración apoyándonos precisamente en la generalidad de la norma; mientras que en otros hemos invocado la posibilidad conferida a las Comunidades Autónomas de aprobación de carteras de servicios complementarias, para que por dicha Consejería se asuma una determinada prestación, normalmente en supuestos muy particulares, con cargo a los fondos propios de nuestra Comunidad Autónoma.

A pesar de ello, la generalidad predicable respecto del Real Decreto 1030/2006, de 15 de Septiembre, por el que se regula la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, no nos permite considerar comprendidas a las pelucas entre las técnicas o procedimientos precisos para el diagnóstico o tratamiento de la neoplasia maligna de mama, tal y como aparece definida la prestación dentro de la cartera de servicios comunes de atención especializada.

La tesis dominante tiende en mayor medida a su consideración en el ámbito de la cartera de ortoprotésica, y así al menos ha llegado a recogerse en las normas que han materializado su dispensación.

En este orden de cosas, aunque por algunos se discuta su carácter de producto sanitario, ciertamente las pelucas vienen a sustituir una estructura corporal contribuyendo de esta manera a la mejora de la calidad de vida de los pacientes.

Pero la cartera de servicios comunes relativa a la prestación ortoprotésica, no incluye evidentemente las prótesis capilares, más que en los casos en los que las Comunidades Autónomas lo hayan previsto a la hora de elaborar su propio catálogo de ortoprotésica en desarrollo de lo recogido en el anexo VI.

Por otro lado la convocatoria anual de subvenciones de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social tampoco contiene ayudas económicas que puedan favorecer la situación descrita de estos pacientes, pues las contempladas para prótesis y ortesis sólo pueden tener como beneficiarias personas declaradas minusválidas, es decir, con un 33%

de discapacidad reconocida, circunstancia que puede no llegar a darse en muchos de los casos.

Ahora bien, nos interesa reflexionar sobre la medida en cuestión y su significado desde la perspectiva del paciente. Estamos hablando de una enfermedad de alto grado de incidencia y elevada repercusión en todos los órdenes, que viene generalmente asociada a un importante estado de alarma por el innegable riesgo que en muchos casos su diagnóstico entraña para la vida del paciente.

Desde muchas instancias se intenta realizar un abordaje de los diferentes aspectos que intervienen en la enfermedad, preventivos, diagnósticos y de tratamiento, y buena prueba de ello la constituyen los dos Planes Integrales de Oncología elaborados por la Consejería de Salud, configurándose en el segundo de ellos como objetivo general el de garantizar un diagnóstico rápido y fiable, y tratamiento, medidas de soporte y cuidados postratamiento adecuados, y dentro de las líneas de actuación encaminadas a hacer efectivos los mismos, se contempla la de creación de unidades de apoyo que ofrezcan a los pacientes con cáncer y sus familiares un programa de apoyo psicológico.

Pues bien íntimamente relacionada con el aspecto psicológico de los pacientes de cáncer aparece la propuesta que nos plantea la interesada en esta queja, pues la posibilidad de acceder a una prótesis capilar durante el tratamiento de quimioterapia ha de entenderse como una prestación con singular relevancia para la calidad de vida de quienes padecen la pérdida de cabello como consecuencia de la misma.

La mejora de la apariencia física de quienes ven deteriorado su aspecto de forma singular en este trance, incide en el mantenimiento de la autoestima y ha de tener necesariamente consecuencias positivas para el bienestar psicológico, el cual sin duda redundará en la manera de afrontar los tratamientos y la propia enfermedad.

No es posible obviar además que esta situación viene condicionada por un singular matiz de género, pues aunque no dudamos que la alopecia secundaria puede resultar igualmente hiriente para los pacientes oncológicos varones, lo cierto es que por hábitos culturales e históricos, el cabello ha venido constituyendo un símbolo estético asociado a la imagen del sexo femenino. A lo anterior se une el hecho de que la alopecia por otras causas se presenta en los hombres de una forma mucho más frecuente que en las mujeres, por lo que resulta mucho mejor asumida por aquellos que por éstas.

Nos parece que la argumentación reseñada priva a las prótesis capilares del componente meramente estético que a las mismas asociaba la Dirección General de Asistencia Sanitaria del SAS, lo que llevaría a descartar su condición de prestación eventualmente dispensable desde el ámbito de lo público; para dotarlas de importantes implicaciones en el bienestar psicológico y la calidad de vida de los pacientes.

Dicho esto, sin embargo, partimos como en otras ocasiones, de las limitaciones presupuestarias del sistema, cuyo equilibrio debe mantenerse en aras de su sostenibilidad, más aún en el contexto económico actual de crisis generalizada. Conscientes de este estado de cosas, no está en el ánimo de esta Institución emitir recomendaciones que han de ser probablemente rechazadas, para la ampliación de la cartera de servicios complementaria de nuestra Comunidad Autónoma. Pero sí nos parece que la cuestión que estamos analizando posee entidad suficiente para que pueda iniciarse un debate razonado sobre la misma en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, por lo

que nuestra sugerencia a esa Consejería se dirige al planteamiento inicial del mismo en la Comisión que corresponda de dicho Organismo, como punto de partida de la tramitación de una propuesta que un día pueda llegar a dar lugar a una actualización de la cartera de servicios en el sentido de incluir las prótesis capilares para los pacientes afectados de alopecia secundaria al tratamiento de quimioterapia, bien mediante su dispensación directa por los establecimientos especializados, bien por el establecimiento de ayudas económicas para su adquisición previa demostración de la escasez de recursos.

Es por eso que de acuerdo a los razonamientos expuestos y con fundamento en el art. 29.1 de la Ley 9/83, de 1 de Diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, dirigimos a la Consejería de Salud la siguiente **Sugerencia**, a la que aún estamos esperando respuesta:

“Que se eleve ante la comisión correspondiente del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud la propuesta para valorar la ampliación de la cartera de servicios comunes con la inclusión de las prótesis capilares para pacientes oncológicos afectados de alopecia secundaria a los tratamientos de quimioterapia”.



## XIV, TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN

### 2.1. *Prestaciones de las operadoras de servicios de telefonía e Internet.*

Sin lugar a dudas, se trata de la tipología de quejas que más están creciendo en esta Institución, como también está ocurriendo en las oficinas de atención o información a los consumidores (OMIC, asociaciones de consumidores, etc.).

Amplios sectores de la ciudadanía, con más o menos justificación, según los casos, se sienten burlados en sus derechos e intereses legítimos ante la indefensión en la que, de hecho, se encuentran cuando tienen que relacionarse con las operadoras de servicios de telefonía o cuando éstas se dirigen a sus clientes reclamándoles el cumplimiento de una obligación.

A la desconcentración de dónde acudir, se une el desconocimiento de los mecanismos de defensa para tales derechos e intereses, y la posición de fuerza que, por sus medios personales y materiales, poseen las prestadoras de servicios.

A todo ello se viene a añadir que nos encontramos ante una relación entre una entidad privada, como son las prestadoras de los servicios, y la ciudadanía, lo que, en la práctica, limita e impide, en la mayoría de los casos, la intervención del Defensor del Pueblo Andaluz pues no se trata de supervisar a la Administración Autonómica o a las Locales.

Ello hace que, salvo que se trate de quejas relacionadas con el acceso al servicio universal de las telecomunicaciones, en cuyos casos sí intervenimos directamente ante las empresas suministradoras, en el resto de los supuestos nos vemos obligados simplemente a facilitar la información pertinente sobre dónde y cómo reclamar. Al mismo tiempo, continuamos actualizando, en la página web en la que está alojada, la *Guía de los derechos de los usuarios de las tecnologías de la información y de la comunicación*, con objeto de asesorar a la ciudadanía, a través de esta publicación, que se considera, de una u otra forma, afectada en sus derechos e intereses legítimos por las actuaciones y omisiones de las empresas prestadoras de los servicios.

Con independencia de ello y de las competencias que en este ámbito ostentan la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, las Juntas Arbitrales de Consumo y las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC), lo cierto es que, para esta Institución y previos los trámites legales oportunos, se debería crear en la Comunidad Autónoma, llegado el caso a través de un Convenio con la Secretaría de Estado citada, un organismo con capacidad sancionadora que pudiera supervisar a las empresas prestadoras de los servicios de telecomunicaciones y que atendiera las miles de reclamaciones que los usuarios presentan ante distintos organismos que no poseen una competencia regulatoria en las controversias que se generan entre estas empresas y la ciudadanía.

En todo caso, y debido a que se trata de quejas que desde un punto de vista competencial no son admisibles, se tratan en la parte correspondiente de este Informe Anual, pero consideramos que, sin perjuicio de las competencias, limitadas, de los órganos de consumo, la Administración andaluza no puede continuar al margen de las quejas y reclamaciones que presenta la ciudadanía por vulneración de sus derechos e intereses legítimos en este ámbito.



## SECCIÓN TERCERA: LOS DERECHOS DE LOS MENORES

### 10. *Menores con necesidades especiales.*

Agrupamos en este apartado las quejas que aluden a menores afectados por distintas enfermedades o aquejados de discapacidades que precisan una oferta de recursos públicos especializada, integrada e idónea a sus especiales circunstancias. Nos referimos a las previsiones establecidas en el artículo 9 de la Ley 1/1998, de los Derechos y la Atención al Menor, dirigidas a facilitar la completa realización personal e integración social y educativa de todos los menores, y en especial de aquellos que por sus especiales circunstancias físicas, psíquicas o sociales pudieran ser susceptibles de trato discriminatorio.

El presente apartado se complementa con el relato que ofrecemos en el capítulo correspondiente al Área de Educación y que también reseña distintos aspectos relativos a las políticas de integración educativa de menores discapacitados.

Dentro de este apartado destacaremos la **queja 10/4214** que incoamos a instancias de la madre de un menor respecto de la atención socio-sanitaria especializada que éste requería para tratar su trastorno de conducta de componente disocial agravado por el consumo de sustancias estupefacientes.

En su escrito de queja la madre alegaba sentirse desatendida. Se lamentaba de que tras haber acudido a diferentes instancias administrativas, llegando incluso a denunciar a su hijo en el Juzgado por amenazas, insultos y lesiones hacia ella y su familia, su hijo seguía sin tener ninguna respuesta asistencial especializada que le ayudase a paliar, contener y reconducir sus problemas conductuales.

Y dicha situación se veía agravada por la precaria situación socio-económica en que se encontraba, por su condición de viuda, en situación de desempleo y sin otros medios económicos que no fuesen los correspondientes a la pensión de viudedad y orfandad de su hijo.

Respecto de su hijo la madre indicaba que sus esfuerzos por ayudarle resultaban baldíos. En esos momentos era repetidor de curso, a lo cual contribuían sus continuas expulsiones del colegio por mala conducta y por falta de respeto al profesorado.

La Delegación de Igualdad y Bienestar Social le ofreció acudir al Servicio de Mediación Familiar intergeneracional, al cual asistió sin resultados satisfactorios (por la no colaboración voluntaria de su hijo) derivándoles los profesionales de dicho recurso a la Unidad de Salud Mental Infante Juvenil.

En Salud Mental tampoco obtuvo resultados satisfactorios. Acudió a la USMIJ varias sesiones y le realizaron un estudio que incluyó una analítica de consumo de drogas positiva a cannabis. El resultado de esta intervención lo describe la interesada del siguiente modo:

*“(...) Se le reenvía a salud mental juvenil donde tras varias sesiones y un estudio prescriben una analítica sospechando que pudiera estar tomando algo.*

*Tras los resultados que da positivo en cannabis allí tampoco nos vuelven a atender más porque el niño tampoco colabora (...)*

La madre aporta pormenores de la conducta de su hijo en el escrito de queja, efectuando el siguiente relato de la conducta del menor:

*“(...) Su falta de respeto ha ido creciendo hasta límites insoportables. Ni respeta horarios, llegando a las 3, 4, ó 5 de la madrugada. Se salta los castigos, incluso en una ocasión tuve que denunciar ante la guardia civil que ante un castigo se escapó por los tejados del bloque donde vivimos.*

*Cuando se le regaña, su reacción son patadas, golpes, insultos, amenazas, rompiendo puertas, muebles. Cada vez sus insultos, amenazas, empujones son más frecuentes, llegando en alguna ocasión a golpearme.*

*La verdad es que me da pánico no saber cómo va a llegar a casa. Con sus reacciones me siento indefensa e incapaz de poder controlarlo porque él me ha perdido totalmente el respeto (...)*

*Además el niño empieza a robar dinero a mi y mis familiares, a vender joyas. Posteriormente es retenido por la Policía Local por absentismo escolar, por lo que ésta da cuenta a los servicios sociales y al Director del Centro Escolar.*

*Consume drogas, alcohol y tabaco habitualmente y cada vez más llega colocado con mayor frecuencia (...).*

*Servicios sociales remitió un informe a Jaén pidiendo que el niño fuera ingresado en un centro de modificación de conducta, que los servicios sociales de Jaén han denegado por considerar que los hechos no son de importancia y que ellos sólo están para los niños abandonados o maltratados por sus padres (...)*

La información acumulada a lo largo de la instrucción del expediente de queja nos permitió concluir que la situación en que se encontraba el menor lo hacía merecedor de una intervención eficiente y eficaz para garantizar su interés y bienestar, y con ello evitar perjuicios en su salud, integridad física y psíquica, además de posibilitar una correcta maduración como persona.

A dicha conclusión llegamos en congruencia con los siguientes elementos que configuraban la crítica situación a la que nos referimos:

- Se trata de una familia monoparental, en situación de riesgo social.
- El menor, en edad de escolarización obligatoria presenta una conducta de absentismo escolar intermitente, con incumplimientos disciplinarios que provocan reiteradas expulsiones del centro.
- El menor es consumidor habitual de drogas (cannabis) según analítica de fecha 27 de Mayo de 2010.

- La coordinadora del centro de salud señala en su informe, de fecha 22 de Julio de 2010, que el menor presenta conductas compatibles con trastorno disocial de la personalidad.

- El menor ha abandonado definitivamente el tratamiento propuesto en el programa de mediación familiar intergeneracional, quedando finiquitado el mismo por ausencia total de colaboración del menor.

- La madre solicitó el pasado 16 de Julio de 2010 a la Delegación Provincial de Igualdad y Bienestar Social de Jaén que asumiera temporalmente la guarda de su hijo, a fin de atender sus problemas conductuales, los cuales superaban sus posibilidades.

- Ante las denuncias de la madre a su hijo por insultos y agresiones la Fiscalía ha dado traslado de los particulares del caso al Ente Público de Protección de Menores, al tratarse de una persona inimputable por su edad inferior a los 14 años.

En esta tesitura, a la vista de la última comunicación remitida por la Fiscalía, el Servicio de Protección de Menores inició, con fecha 23 de Septiembre de 2010, una nueva Investigación Previa a fin de determinar si existe situación de desprotección en el entorno familiar, solicitando a tales efectos la emisión de un nuevo informe por parte de los servicios sociales comunitarios.

A este respecto, en aras de la necesaria eficacia en la intervención del Ente Público de Protección, consideramos pertinente resaltar que los Servicios Sociales Comunitarios ya remitieron un extenso informe-propuesta al Servicio de Protección de Menores de Jaén, el cual fue recibido por la Delegación Provincial de Igualdad y Bienestar Social el pasado 15 de Julio de 2010 (2 meses antes de solicitar el nuevo informe) donde se analizaba detenidamente la situación del núcleo familiar, las previsiones de su evolución futura y se proponían determinadas actuaciones que superaban las posibilidades de intervención en el propio medio familiar.

En concreto en el informe remitido por los Servicios Sociales Comunitarios se señalaba lo siguiente:

*“(...) ... tiene 13 años y ya lleva al menos uno, presentando una serie de conductas que, posiblemente estén unidas al consumo de tabaco y droga. La forma tan exagerada en la que intenta imponer su voluntad, podría valorarse como una petición a gritos de que alguien lo pare, porque es muy difícil entender como siendo tan pequeño y perteneciendo a una familia con parámetros sociales dentro de la normalidad, puede haber desarrollado unas conductas de riesgo tan marcadas.*

*En cuanto a la madre y la hermana, se muestran incapaces de reconducir al chico ... Tras fracasar todos los intentos familiares y de aplicación de recursos para ayudar al chico, ha sido necesario trabajar con ... y su hija la aceptación de la única opción que nos queda, entendiendo por esto la derivación al Servicio de Protección. ... está dispuesta a ceder la tutela de ... a la Administración, y se muestra totalmente dispuesta a participar y cooperar con los técnicos en cuantos programas se considere necesario para conseguir la vuelta a casa lo antes posible.*

*Desde la última entrevista mantenida con el chico, con fecha 24 de Junio, ... tiene conocimiento de nuestras posibilidades de ayuda y de las consecuencias de sus actos. Cuando se le pregunta, dice comprender afirmando con la cabeza, pero sin decir palabra. Desde entonces ha empeorado mucho. Vuelve a casa a las 4 de la mañana, miente con frecuencia, maneja más dinero del que se le da, a cualquier hora presenta indicios de haber consumido y devora toda la comida que cae en sus manos, de hecho muchos de los enfrentamientos que tiene con la madre son debidos a los restos de comida que tiene en su dormitorio, ya que llega a encerrarse en él para comer, negando después que lo ha hecho.*

*Recientemente, temiendo ... que se dilatara en el tiempo la intervención de servicios sociales, ha acudido a Fiscalía de Menores que no valora la situación de ... como de su competencia, derivando de nuevo a la familia a nuestro servicio. La madre está cada día más angustiada ya que no terminan los incidentes relacionados con el chico y tiene miedo de que en uno de ellos cometa un delito; de hecho del último incidente del que tenemos conocimiento está relacionado con un intento de robo en una gasolinera que frustró la Guardia Civil de ..., en el que ... estaba presente junto con otros 3 amigos. La madre teme que chicos mayores lo utilicen para sus fechorías, ya que él ni siquiera tiene la edad penal.*

*Por todo esto, desde Servicios Sociales Comunitarios consideramos que ... necesita ser protegido con urgencia, de las circunstancias socio-personales que le rodean. La madre espera una respuesta inmediata que frene a su hijo y que les permita a ambos comenzar a recuperarse. Está bastante desesperada y está dispuesta a traer a su hijo a servicios sociales comunitarios y dejarlo aquí, por lo que ruego nos ayuden a reconducir la situación (...)"*

En consecuencia de lo expuesto hasta ahora, estimamos que el nuevo informe solicitado a los servicios sociales comunitarios vendría a redundar la información ya aportada con anterioridad por la Corporación Local, existiendo sólo un período de 2 meses entre dicho informe y la nueva solicitud y sin que exista ningún indicio que permitiera aventurar un cambio en las circunstancias del menor, cuya situación de riesgo tiene una previsible evolución de sesgo nada positivo.

A este respecto debemos recordar los mandatos constitucionales de eficacia, eficiencia y coordinación en la intervención de la Administración Pública (artículo 103 de la Constitución), así como las previsiones de la Ley 1/1998, de 20 de Abril, de los Derechos y la Atención al Menor en cuanto a necesaria coordinación entre Administraciones para garantizar los derechos de las personas menores (artículo 3.6) y la posibilidad contemplada en el artículo 24 de dicha Ley según el cual la Junta de Andalucía puede asumir y ejercer la guarda temporal de un menor cuando quienes ostenten potestad sobre él lo soliciten justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves.

Es por ello que, con la finalidad de salvaguardar la integridad de los derechos del menor, formulamos a la Delegación Provincial de Igualdad y Bienestar Social de Jaén la siguiente **Recomendación**:

*“Que con los datos de que dispone actualmente la Delegación Provincial de Igualdad y Bienestar Social relativos a la situación de grave riesgo en que se encuentra el menor, se evalúe la petición efectuada por la madre para que la*



*Administración asuma temporalmente la guarda de su hijo a fin de proporcionarle una atención socio-sanitaria especializada a su problema de conducta.*

*Que a tales efectos se actúe de forma coordinada con la Administración Sanitaria, en especial con el dispositivo sanitario de salud infanto-juvenil.”*

En respuesta a esta Recomendación recibimos un informe en el que se señala que la situación del menor ha experimentado en los últimos tiempos un cambio positivo, ello tras la ruptura de relaciones con un grupo de amigos que le estaba causando muy mala influencia. De igual modo, tanto el menor como la madre vienen siendo objeto de tratamiento especializado por parte del Equipo de Tratamiento Familiar, con unos resultados que en principio parecen alentadores por su evolución positiva.